

4. CONCLUSIÓN

La Sentencia comentada, ha venido a declarar por una parte, que las disposiciones de un Estado miembro, que regulan la admisión a prácticas jurídicas preparatorias, estarían incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE, en cuanto que regulan un requisito previo para acceder a un empleo en la Administración pública. Y por otra, que estas disposiciones pueden establecer criterios de diferenciación entre hombres y mujeres para el acceso a dichas prácticas siempre que los criterios sean proporcionados y objetivos.

En cuanto a la aplicabilidad al caso de autos del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, que expresamente se refiere a la posibilidad brindada a los Estados miembros para incluir en sus ordenamientos nacionales previsiones legales encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular, para corregir las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las *mujeres* en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1, incluye, asimismo, las medidas nacionales encaminadas a favorecer las desigualdades que pudieran afectar a los hombres en cuanto obligados a ciertos deberes cívicos de los cuales se excluyen a las mujeres.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
Universidad Pablo de Olavide

DESPIDO DE TRABAJADORA EMBARAZADA STJCE DE 30 DE JUNIO DE 1998 (Asunto C-394/1996 [Mary Brown contra Rentokil Ltd.])

FERNANDO ELORZA GUERRERO
ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS

SUPUESTO DE HECHO: La presente sentencia tiene su origen en el litigio de la señora Brown contra Rentokil Ltd en relación con el despido de aquella ocurrido durante su embarazo. En Agosto de 1990 la señora Brown informó a la empresa de que estaba embarazada, presentando al poco tiempo una serie de certificados de baja de cuatro semanas relacionados con diferentes trastornos imputables al embarazo, dejando de trabajar a mediados de Agosto de 1990.

La empresa había incluido una cláusula en los contratos de trabajo de los miembros de su personal, por la que, en caso de baja por enfermedad superior a veintiséis semanas ininterrumpidas se despediría al trabajador afectado, fuer hombre o mujer.

En noviembre de 1990 los representantes de la empresa comunicaron a la señor Brown que había transcurrido la mitad del período de veintiséis semanas y le recordaron que su contrato finalizaría el 8 de Febrero si antes de esa fecha no había reanudado su trabajo, tras un reconocimiento médico independiente.

La señora Brown no reanudó su trabajo con posterioridad a la comunicación, quedando acreditado que nunca se consideró que pudiera hacerlo antes del término del período de veintiséis semanas. Mediante carta de 30 de Enero de 1991, con efecto de 8 de Febrero de 1991, fue despedida durante el embarazo. Su hijo nació el 22 de Marzo de 1991.

En el momento del despido de la señora Brown, estaba vigente la *Employment Protection (Consolidation) Act 1978*, cuyo art. 33 establecía que una trabajadora ausente del trabajo total o parcialmente por causa del embarazo o de parto tenía derecho, siempre que concurrieran determinados requisitos, a rea-

* Profesores del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

nudar el trabajo. En el caso concreto, la trabajadora debería haber estado empleada hasta inmediatamente antes del inicio de la undécima semana anterior a aquella en que se esperaba que tuviera lugar el alumbramiento y debía llevar empleada sin interrupción, como mínimo, dos años al comenzar esta undécima semana.

Las cuestiones prejudiciales que se plantean al Tribunal son fundamentalmente las siguientes:

1) Si resulta contrario al apartado 1 del art. 2 y al apartado 1 del art. 5 de la Directiva 76/207/CE despedir en cualquier momento de su embarazo a una trabajadora por ausencias debidas a incapacidad laboral causada por embarazo, y tiene alguna incidencia en la solución del caso el que el despido se haya producido en virtud de una cláusula contractual que así lo prevé.

2) Si contraviene el apartado 1 del art. 2 y el apartado 1 del art. 5 de la Directiva 76/207/CE despedir a una trabajadora por ausencias debidas a incapacidad laboral causada por el embarazo, cuando la misma no tiene derecho a ausentarse del trabajo por causa del embarazo y del parto, al no reunir el período de contratación establecido en la normativa nacional para ello. También se plantea si la solución en este caso podría variar por la existencia de una cláusula contractual que respalda el despido de la trabajadora.

RESUMEN: 1. La prohibición del despido durante el período comprendido desde el inicio del embarazo hasta el término del permiso de maternidad, salvo casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada, se establece en razón del riesgo que implica para la condición física y psíquica de las trabajadoras embarazadas, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo.

2. El despido de una mujer durante el embarazo no puede fundarse en motivos basados en la incapacidad, derivada de su estado, para desempeñar la actividad laboral a que se comprometió frente a su empresario.

3. El despido de una trabajadora producido durante su embarazo y motivado por ausencias debidas a la incapacidad laboral derivada del mismo está relacionado con la aparición de riesgos propios del embarazo y, por tanto, debe considerarse fundado esencialmente en éste. Sin embargo, en la medida en que aparezcan tras el permiso por maternidad, los estados patológicos causados por el embarazo o el parto están comprendidos en el ámbito de aplicación del régimen general aplicable en caso de enfermedad, porque se entienden que son riesgos que pueden actualizarse indistintamente en personas de distinto sexo.

4. Cuando la trabajadora está ausente debido a una enfermedad causada por el embarazo o el parto, en el supuesto de que esa enfermedad haya sido contraída durante el embarazo y se haya prolongado durante y después del permiso por maternidad, dicha ausencia, no sólo durante el permiso por maternidad sino también durante el período comprendido desde el inicio de su embarazo y el inicio del permiso de maternidad, no puede tenerse en cuenta para el cálculo del período que justifica su despido.

ÍNDICE

1. El Derecho Comunitario ante la maternidad de la mujer trabajadora
2. La protección de la maternidad frente al despido

1. EL DERECHO COMUNITARIO ANTE LA MATERNIDAD DE LA MUJER TRABAJADORA

La normativa comunitaria sobre protección de la maternidad de la mujer trabajadora tiene su origen en el actual art. 137 TCCE (antiguo art. 118), que refiere como uno de los medios para alcanzar los objetivos previstos en el art. 136 TCCE —entre los que se refiere la mejora de las condiciones de vida y de trabajo—, la acción complementaria de la Comunidad Europea, en apoyo de las políticas de los Estados miembro. No obstante, esta normativa, desde un principio se enfocó como una cuestión cuyo tratamiento era una consecuencia del interés de la Unión Europea por promover al mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, y no tanto como el resultado del interés comunitario por mejorar las condiciones de vida y trabajo de sus trabajadores¹.

De hecho, la Directiva central en esta cuestión, la 92/85/CE, de 19 de Octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, justifica su propia existencia por lo dispuesto en el art. 15 de la Directiva 89/391/CE —relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo— donde se expresa que los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán estar protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica², presentándose aquélla en su propio art. 1.1 como la décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CE. No en vano, el objetivo fundamental de la Directiva 92/85/CE hay que cifrarlo en la protección de la condición biológica de la mujer trabajadora y de su salud, no así del feto, que si bien resultará beneficiado indirectamente por la normativa comunitaria³, difícilmente puede ser objeto de protección teniendo como base jurídica el art. 137 TCCE.

Ahora bien, dado que la Directiva 92/85/CE terminó su período de trasposición en Noviembre de 1994, no se ha de olvidar el hecho de que con anterior-

¹ Cuestión ya significada en su momento por SZYSZCZAK, E.: "La significación y alcance de la directiva sobre protección de la maternidad", en CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.): *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 236, que imputa la interpretación restrictiva del art. 137 TCCE al "temor a un desafío de base jurídica de los Estados miembros".

² No en vano, la Exposición de Motivos de la Directiva 92/85/CE, refiere que "la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, debe considerarse por muchos motivos, un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles y que se deben tomar medidas relativas a su salud y seguridad".

³ En este sentido, SZYSZCZAK, E.: "La significación y...", *op. cit.*, pág. 238.

ridad a ésta, la normativa comunitaria a considerar fundamentalmente ha sido la Directiva 76/207/CE, 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 trabajo. De hecho, la Sentencia que es objeto de comentario, se centra en la consideración de esta última Directiva, dado que, en el momento en que se produce el despido de la señora Brown, la Directiva 92/85/CE no estaba en vigor.

El que inicialmente la Unión Europea abordara la protección de la condición biológica de la mujer mediante Directivas de carácter genérico, y que van orientadas a la protección del principio de igualdad, cuyo fundamento jurídico último tiene su origen en el art. 141 TCCE, se explica por las dificultades que registró la Unión Europea durante años para generar instrumentos que abordaran específicamente la protección del embarazo de las trabajadoras. De manera que no será hasta 1991, cuando las propuestas del Comisión van a conseguir salvar las objeciones del Consejo, al permitirse el uso del voto de la mayoría cualificada en materia de seguridad y salud laboral, momento en el que se planteó la viabilidad de una Directiva sobre protección del embarazo y la maternidad⁴.

Pues bien, en el caso de la Directiva 76/207/CE, el art. 2.1 de la misma refiere que el principio de igualdad supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, tanto directa como indirectamente, en particular por lo que hace al estado matrimonial o familiar. Este precepto se enmarca en el contexto de una Directiva que pretende reforzar la posición jurídica de la mujer para lograr la igualdad de sexos, de manera que el objetivo fundamental de la misma es terminar con la posición desfavorable que registra la mujer trabajadora frente al mercado de trabajo, todo ello mediante la afirmación de la equiparación entre el hombre y la mujer⁵. Lo que se pretende finalmente, por tanto, es "promover la equiparación por la vía del progreso de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de obra"⁶.

No obstante, conviene significar que la Directiva 76/207/CE, no sólo veta todo acto discriminatorio que tenga su origen en la diferenciación sexual, sino que también prohíbe toda discriminación indirecta, en cuanto actos aparentemente neutros que producen efectos discriminatorios. Con ello, y como en algún caso ya se ha señalado⁷, la Directiva 76/207/CE registra la virtualidad de trasladar la acción de la CE desde el "plano formal al plano de los resultados;

⁴ En este sentido, SZYSZCZAK, E.: "La significación...", *op. cit.*, pág. 235.

⁵ Como ha señalado RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "Discriminación, igualdad de trato y acción positiva", en CRUZ VILLALÓN, J.: *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 102, la Directiva pretende el que "no sólo la mujer deba ser tratada como el hombre (modelo de referencia típico), además no debe haber distinciones entre hombres y mujeres".

⁶ Exposición de Motivos de la Directiva 76/207/CE.

⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "Discriminación, igualdad...", *op. cit.*, pág. 103.

son los resultados prácticos, el impacto, y no los criterios formales los que han de ser tomados en cuenta".

De todas formas, la Directiva lejos de establecer una serie de medidas efectivas, como no podía ser de otra manera dado la naturaleza del instrumento que nos ocupa, encomienda a los Estados la adopción de las medidas necesarias (art. 3.2). Sin embargo, consciente de que la adopción de medidas que permitan hacer efectivo el principio de igualdad de trato, finalmente pueden constituir un obstáculo para la incorporación del mujer al mercado de trabajo, determina la revisión periódica de toda medida legal o administrativa contraria al principio de igualdad de trato "cuando el deseo de protección que las inspiró en un principio no tenga ya razón de ser" (art. 3.2 c).

Ahora bien, la implantación del principio de igualdad de trato conoce también la existencia de una serie de excepciones, detalladas en los apartados 2.3 y 4 del art. 2 de la referida Directiva, de entre las que destacaremos la que hace referencia a que el principio que se afirma por la norma comunitaria, el de igualdad de trato, "no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad". Excepción esta cuya existencia se justifica, entre otras cosas, por las diferencias fisiológicas que registran el hombre y la mujer, y que aconsejan un tratamiento diferenciado y protector del embarazo y la maternidad de las trabajadoras.

Como ya hemos referido, y contrariamente a lo que podría esperarse en un principio, la adopción de disposiciones específicas en relación con la protección del embarazo y maternidad de la mujer que trabaja por cuenta ajena llevará su tiempo⁸ —lo que no significa que la misma no estuviera protegida frente a la discriminación por razón de sexo, pues como hemos referido la Directiva 76/207/CE cumplía suficientemente dicha función—, no siendo hasta el año 1992 cuando la UE, en aplicación del Tercer Programa 1991-1995 de promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, finalmente elabora la Directiva 92/85/CE, como décima Directiva específica en aplicación de lo previsto a su vez en la Directiva 89/391/CE.

En cuanto a su contenido, la Directiva 92/85/CE atiende fundamentalmente a la consideración de cuatro aspectos íntimamente ligados no sólo con la protección del embarazo de la trabajadora, sino también con el período posterior al parto. Así, en primer término se aborda la cuestión de los riesgos que puede enfrentar la trabajadora tanto durante el período de embarazo, como con posterioridad a dar a luz (arts. 3-6), previéndose, entre otras cosas la actuación concertada de la Comisión junto a los Estados miembros de cara a establecer las directrices sobre evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud y seguridad de las trabajadoras.

⁸ Un precedente lo constituye la Directiva 86/613/CE, de 11 de Diciembre de 1986, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad.

En segundo lugar, el art. 7 establece que los Estados miembro tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz, o en período de lactancia, que presenten un certificado médico donde por motivos de seguridad y salud se desaconseje el que realicen trabajos nocturnos, no se vean obligadas a realizarlas, de manera que o bien se le ha de ofertar un trabajo diurno, o bien una dispensa de trabajo, cuando no finalmente, una prolongación del permiso de maternidad, cuando dicho traslado no sea técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados⁹.

En tercer lugar, el art. 8 obliga a los Estados miembro a adoptar las medidas adecuadas para que las trabajadoras puedan disfrutar de un permiso de maternidad de cómo mínimo catorce semanas¹⁰ ininterrumpidas¹¹, al tiempo que las trabajadoras embarazadas puedan disfrutar de permisos para exámenes prenatales (art. 9).

Asimismo, en el art. 10 refiere la necesidad de que los Estados miembro garanticen la prohibición de despido de las trabajadoras a que se refiere el art. 2 —o sea embarazadas, que han dado a luz, o en período de lactancia—, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, si bien se admite la existencia de casos excepcionales no inherentes a su estado, y que estén admitidos por las legislaciones y/o las prácticas nacionales, siempre que la Autoridad competente de su acuerdo. No obstante, de producirse el despido durante el referido período, el empresario deberá poner de manifiesto la existencia de motivos justificados para el despido por escrito, obligándose a los Estados miembro a adoptar las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras frente al despido.

Pero la preocupación de la UE por proteger el embarazo y la maternidad de las trabajadoras con el paso del tiempo ha ido más allá del establecimiento de una serie de medidas que garanticen la seguridad y salud de éstas durante dichos períodos.

De hecho, y atendiendo a la recomendación del punto 16 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales¹², en 1995 las organizaciones

⁹ Téngase en cuenta que, conforme al art. 11.1 se deberá garantizar los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras.

¹⁰ El art. 8.2 establece la necesidad de que se incluya un permiso de maternidad obligatorio de cómo mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

¹¹ En el art. 11.2 se hace referencia a los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras con permiso de maternidad, resaltando la previsión que establece que la remuneración en este caso deberá garantizar unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibía la trabajadora en el caso de que interrumpiera sus actividades por motivos de salud. No obstante la obtención de tal ventaja podría condicionarse por la legislación nacional a la exigencia de un período previo de trabajo que en ningún caso habría de superar los 12 meses.

¹² "Conviene, asimismo, arbitrar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares".

representativas de trabajadores y empresarios a nivel europeo (UNICE, CEP y CES) alcanzaron un acuerdo en materia de permisos parentales —el Acuerdo marco sobre excedencias parentales—, que asumido por las instituciones de la UE finalmente se transformó en la Directiva 96/34/CE. Dicha Directiva, que si bien no se sitúa a diferencia de la anterior en el ámbito de protección de la seguridad y salud en el trabajo, busca indudablemente una mejora de calidad de vida no sólo de las trabajadoras, sino también de los trabajadores, tiene por objetivo confeso (art. 1) el "facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajan", teniendo por destinatarios a "todos los trabajadores, hombres y mujeres, que sean sujetos de un contrato o una relación laboral".

Desde esta perspectiva, la aportación fundamental de esta Directiva, cuyos contenidos se califican como mínimos, lo constituye el reconocimiento que se hace en la cláusula 2 del derecho individual al permiso parental¹³, por motivo de nacimiento de hijo o adopción del mismo, tanto para el trabajador como para la trabajadora, pudiendo ir el mismo desde los tres meses hasta los ocho años. El disfrute de este permiso conlleva también el mantenimiento de los derechos profesionales del trabajador o trabajadora, así como la reserva del puesto de trabajo, si bien la Directiva obliga a los Estados miembro a adoptar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores que se acojan a este permiso frente a los despidos adoptados por el empresario en represalia por haber hecho efectiva tal opción.

2. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD FRENTE AL DESPIDO

Vista de forma general la normativa comunitaria en relación con la protección de la maternidad de las trabajadoras, enfrentamos en estos momentos el análisis pormenorizado de la sentencia que justifica este comentario, no sin antes resaltar el importantísimo papel que a lo largo de los años ha venido desempeñando el TJCE. Papel que viene avalado por la pluralidad de sentencias que han venido con sus planteamientos consolidando la configuración jurídica del principio de igualdad y de no discriminación por razón de sexo, en unos casos ampliando su alcance y en otros incluso estableciendo límites. No en vano, la jurisprudencia comunitaria ha contribuido a concretar los términos empleados por las normas comunitarias en relación con el fenómeno de la discriminación, así como a interpretar los elementos básicos del principio de no discriminación, con el fin de instaurar una especie de "cultura de la no discriminación". Tarea por otro lado nada fácil si tenemos en cuenta que el Tribunal ha tenido que enfrentar la interpretación de algunos elementos principales que intervienen en la aplicación del principio de igualdad de trato por razón de sexo, como la noción de retribución, el trato desigual frente a situaciones desiguales,

¹³ Derecho por otro lado no transferible, por lo que si, por ejemplo el padre no lo disfruta, no puede pretender traspasárselo a la madre.

las acciones positivas, la noción de maternidad, las normas protectoras, la restricción de las derogaciones admitidas, etc, y que evidencian la complejidad que encierra el fenómeno de la discriminación

Entrando ya en materia, la primera cuestión que queremos significar está relacionada la doctrina constante del TJCE que considera la discriminación por embarazo o maternidad como una de las manifestaciones de la discriminación por razón de sexo, lo que obliga a mantener los mismos mecanismos de garantía para esta modalidad de discriminación que los establecidos en el caso de la producida por razón de sexo.

Con fundamento especialmente en la Directiva 76/207, y como recoge la sentencia que comentamos, se genera una importante jurisprudencia¹⁴, muy debatida, principalmente en torno a dos asuntos —Dekker¹⁵ y Hertz¹⁶—, cuyas argumentaciones sentarían los pilares de la normativa posterior y de la jurisprudencia del Alto Tribunal que se pronunciaría en lo sucesivo sobre este tema en varios asuntos, recogiendo como máxima la defensa de la mujer embarazada frente al despido. Concretamente la sentencia del asunto Brown es de especial interés no sólo porque se pronuncia en un tema tan importante como la protección de la mujer frente al despido discriminatorio por razón de sexo, sino porque recopila ordenadamente la trayectoria de toda esta jurisprudencia, dando un paso adelante en la delimitación de la protección de la maternidad.

Por alusiones, en la sentencia de 30 de abril de 1998, nos vemos obligados a recoger los aspectos más importantes de estas sentencias, al objeto de señalar el camino recorrido por el TJCE en esta materia. Así, en el asunto Dekker se planteaba la posible discriminación de la negativa a contratar a una mujer por encontrarse embarazada, justificando su actitud el empresario en la imposibilidad de reembolso por la entidad aseguradora de las cantidades en concepto de licencia retribuida por maternidad, debido a que esta entidad entendía tal evento como una enfermedad previsible. Entiende el Tribunal que la discriminación por razón de embarazo y maternidad es una discriminación directa, excluyéndose la posibilidad de justificar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, porque esta circunstancia sólo puede concurrir en miembros del colectivo femenino¹⁷. En este sentido entiende que, pese a que la razón alegada era la falta de cobertura social del permiso de maternidad para contratar a un sustituto durante dicho período, la razón esencial de esta negativa no se aplicaba indistintamente a trabajadores de ambos sexos, sino exclusivamente a las mujeres, por ser, evidentemente, las que únicamente pueden quedar embarazadas.

¹⁴ Un análisis de la misma puede consultarse en PÉREZ DEL RÍO, T.: *Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral*, Tomo I, IAM, Sevilla, 1999, pág. 50 y ss.

¹⁵ Sentencia de 8 de noviembre de 1990. Asunto C-177/88.

¹⁶ Sentencia de 8 de noviembre de 1990. Asunto C-179/88.

¹⁷ El Alto Tribunal concluye en el parágrafo 17: "Cuando este motivo estriba en la circunstancia de que la interesada está embarazada, la decisión está directamente relacionada con el sexo de la candidata. En tales circunstancias, la inexistencia de candidatos masculinos carece de incidencia...".

En el asunto Hertz, el Tribunal es mucho más preciso, al limitar restrictivamente los efectos protectores contra el despido al período de maternidad. En este caso se planteaba el despido de una mujer tras superar el límite de los cien días al año de ausencia por enfermedad sobrevenida —que justificaba el despido por causas objetivas en la legislación danesa—, derivada de una anterior situación de maternidad. El Tribunal reconocía que más allá del período de maternidad el principio de igual de trato no exige un tratamiento diferenciado por razón del origen de la enfermedad¹⁸, es decir, no se opone al despido de la trabajadora por causas objetivas por su nivel de absentismo, resultante de la incapacidad originada por las secuelas del embarazo y parto, argumentando que en similares circunstancias, las faltas de asistencia de un trabajador de sexo masculino hubiera sido despedido.

En este sentido se dejaba ver la laguna de la Directiva 76/207 en relación con las ausencias al trabajo por enfermedad que tienen su origen en el embarazo o el parto, remitiendo el Tribunal a las legislaciones nacionales la extensión y límites del período de maternidad a los efectos de que pudieran proteger la temporalidad de los posibles trastornos vinculados al embarazo y al parto, en orden a lo previsto en los arts. 2.3 y 3.2.c) de la citada norma, pues el efecto contrario podría volverse perverso, ya que lejos de conseguir la igualdad entre sexos, el no limitar el alcance de la protección de la trabajadora se convertiría en medida desincentivadora para los empresarios¹⁹.

Las bases sentadas por estas dos sentencias fueron desarrolladas con ocasión de la intervención del Tribunal en otros asuntos, a los que también expresamente alude la sentencia comentada. Así se pronuncia el Tribunal en el asunto Habermann-Beltermann²⁰, introduciendo un elemento de distinción respecto a la protección frente al despido en función del criterio de la naturaleza temporal del vínculo laboral de la trabajadora. Si bien coincide con las anteriores sentencias en que el despido de una trabajadora debido a su embarazo es calificado discriminatorio por razón de sexo por aplicarse exclusivamente al sexo femenino, en este caso particular, el supuesto de hecho difiere de los anteriores en la medida que "la desigualdad de trato no se basa directamente en el embarazo de la trabajadora, sino que es conse-

¹⁸ En este caso el Tribunal no planteó, como ya lo hiciera en el asunto Dekker, la posible existencia de discriminación indirecta, comparando globalmente el número de enfermedades por esta causa y considerar si era desproporcionado respecto a las enfermedades sufridas por los hombres, produciendo un resultado desfavorable a las mujeres, sobre todo si los ordenamientos nacionales han previsto períodos excesivamente breves de descanso de maternidad. Esta es la opinión de RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel. "Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora". RL. 1/1991, pág. 10.

¹⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel. "Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora", *op. cit.*, pág. 8. El autor opina que "Si la protección por maternidad se entendiera como temporalmente ilimitada, el empleo de mujeres supondría un riesgo imprevisible que podría reflejarse negativamente en la actitud de los empleadores respecto a las mujeres".

²⁰ Sentencia de 5 de mayo de 1994. Asunto C-421/1992.

cuencia de la prohibición legal del trabajo nocturno que acompaña a dicho estado"²¹.

Ello permite al Tribunal considerar la inadmisión de la nulidad del vínculo laboral debido a una prohibición legal (trabajo nocturno), porque en un contrato indefinido dicha prohibición sólo produce efectos durante un período limitado de tiempo —el del embarazo y la lactancia materna— en relación con la duración total del contrato.

Se recoge el mismo criterio de distinción en función a la tipología contractual en el asunto Webb²², en el que se asienta aún más la defensa de la mujer trabajadora embarazada frente al despido, incluso hasta el extremo de que, como ocurría en el caso, ésta tuviera que suplir en un primer momento a otra trabajadora que disfrutaba su permiso de maternidad, al considerar el Tribunal que la protección que garantiza el Derecho comunitario no puede depender de si la presencia de la trabajadora embarazada durante el período de maternidad sea indispensable para la buena marcha de la empresa²³.

Por último, en el caso Larsson²⁴, en el que se desarrolla un supuesto de hecho muy similar al de la sentencia comentada, se cuestionaba la distinción entre ausencias al trabajo que tenían origen en enfermedad en el embarazo o en el parto sobrevenidas en estos períodos, y las ausencias con el mismo origen pero sobrevenidas una vez transcurrido el período de maternidad. Resolvió el Tribunal que, tener en cuenta, para el cálculo del período que justifica el despido, las ausencias de la trabajadora que tuvieron lugar entre el comienzo del embarazo y el inicio del permiso por maternidad, no se oponen al principio de igualdad de trato y ello al margen del momento de aparición o manifestación de la enfermedad. Aunque la decisión adoptada, del todo restrictiva, fue justificada por la Corte por la todavía inaplicación del art. 10 de la Directiva 92/85, que establece la prohibición tajante del despido de la trabajadora en el período comprendido desde el comienzo del embarazo hasta el fin del disfrute del permiso de maternidad, salvo por razones extrañas a la situación de la interesada. Por tanto, la falta de expiración del plazo del Derecho interno a la Directiva 92/85, y por ende, la ausencia de una disposición que de forma particular atiende la situación de la mujer en situación de maternidad, permitió mantener un criterio limitativo, pero a su vez adelantaba el criterio que a partir de entonces se mantendría como regla generalmente aplicable, y a la que tendrían que someterse las legislaciones nacionales.

Precisamente, el asunto Brown consolida la postura mantenida por la jurisprudencia antecedente en su proceso evolutivo, al tiempo que introduce novedades, profundizando las argumentaciones del caso Larsson.

²¹ Parágrafo 16.

²² Sentencia de 14 de julio de 1994. Asunto C-32/1993.

²³ Parágrafo 28: "El hecho de que el asunto principal se refiera a una mujer que, en un primer momento, tenía que sustituir a otra empleada durante el permiso de maternidad de esta última, pero que resulta esta a su vez encinta poco después de su contratación, carece de incidencia...".

²⁴ Sentencia de 29 de mayo de 1997. Asunto C-400/1995.

El Tribunal, se refiere inicialmente a lo que la jurisprudencia entiende por discriminación, como tarea previa en la investigación de la naturaleza de la medida, y que en muchos casos resulta indetectable a simple vista. Así pues, indica que "la discriminación consiste en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes"²⁵. En el asunto cuestionado nos encontramos con una cláusula que se aplica a situaciones que según los Magistrados son distintas porque son incomparables, en la medida que dicha situación sólo puede concurrir en un trabajador de sexo femenino.

Así, al igual que concluyó en el asunto Dekker y en la jurisprudencia posterior, se afirma que "el despido de una trabajadora por razón de su embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, constituye una discriminación basada en el sexo"²⁶. La calificación de la medida como discriminación directa trae como consecuencia la imposibilidad de justificación de un tratamiento diferenciado perjudicial para la mujer trabajadora.

Insiste, por otro lado el Tribunal, que el despido de una mujer embarazada puede fundarse en motivos basados en la incapacidad para desarrollar su actividad laboral, porque su origen no es patológico, al margen de que puedan derivarse de dicho estado determinadas complicaciones que incapaciten a la trabajadora para cumplir las funciones propias de su puesto de trabajo²⁷. Distingue pues, entre embarazo y enfermedad, de manera que los posibles trastornos "constituyen riesgos inherentes al embarazo y, por lo tanto, comparten la especificidad de este estado"²⁸.

Al margen de la tarea de identificación de la medida, se delimita el alcance de la protección frente al despido en estos supuestos, clarificando las líneas que había anticipado la jurisprudencia anterior, y que como hemos podido comprobar, ha quedado afectada en su trayectoria por la aparición de una Directiva que de forma directa regula las situaciones que pueden plantearse en torno a discriminación de la mujer trabajadora en su estado de maternidad. En este aspecto el Tribunal afirma que la protección frente al despido no se limita al período de embarazo, sino que, como ya quedó reflejado en el asunto Webb en asunto Hertz, apelando a las disposiciones nacionales específicas para situación de maternidad) a tenor de lo dispuesto en el art. 10 de la Directiva 92/85, el ámbito de aplicación de la tutela frente al despido abarca "el período comprendido entre el inicio del embarazo hasta el término del permiso de maternidad"²⁹, recordando la falta de previsión de excepciones a esta regla salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la trabajadora.

²⁵ Parágrafo 30.

²⁶ Parágrafo 16.

²⁷ Asunto Webb, parágrafo 23: "... el embarazo no puede en absoluto compararse a un estado patológico, ni a fortiori a una indisponibilidad de origen no médico, situaciones que sí pueden motivar el despido de una mujer sin constituir despido discriminatorio por razón del sexo".

²⁸ Parágrafo 22.

²⁹ Parágrafo 18. En los mismos términos, parágrafo 21 del asunto Dekker.

En este sentido, la sentencia comentada destaca especialmente por la rectificación a la jurisprudencia establecida en el asunto Larsson. Lo hace a partir de dos consideraciones: la primera atiende a que la diferenciación entre los riesgos ordinarios del embarazo y los estados patológicos que no se corresponden a tales riesgos sólo puede ser de orden cronológico; la segunda incide en que la tutela contra el despido se centra en los primeros, delimitando el alcance de la protección a los que se producen exclusivamente durante el período de embarazo y descanso por maternidad.

De esta forma, transcurrido dicho período, es irrelevante la conexión de la enfermedad con el estado anterior de la trabajadora, pues el límite temporal se impone como criterio determinante. Además, cuando en la sentencia se dice literalmente "*ausencia de la trabajadora posterior al permiso de maternidad*"³⁰, el Tribunal no parece hacer distinción alguna, de forma que debemos entender que el tratamiento sería idéntico tanto si la enfermedad se produce durante la fase de maternidad y se prolonga más allá del permiso reconocido por la norma, como si aparece una vez transcurrido dicho permiso. Como consecuencia de lo expuesto, en el período posterior al permiso de maternidad, el juicio de no discriminación vendrá determinado en la medida que estas ausencias son "*tratadas de la misma manera que las ausencias de un trabajador debidas a una incapacidad laboral de idéntica duración*"³¹.

³⁰ Parágrafo 27.

³¹ Parágrafo 26