

CONGRESO MATERNIDAD Y PATERNIDAD: REFLEXIONES DESDE EL FEMINISMO

D. JAIME CABEZA

**MATERNIDAD Y EMPLEO**

Muchas gracias Ana, y por supuesto muchas gracias al Instituto Asturiano de la Mujer, pues estoy encantado de venir aquí. Pensaba mientras me presentaba Ana que yo he conocido el Feminismo a través del Laboralismo y eso me produce una cierta querencia por estos temas, porque a día de hoy lo cierto es que la mujer sigue siendo una trabajadora “atípica.” Mi interés por el trabajo de la mujer empezó precisamente por este carácter de trabajadora atípica y por el deseo de que dejara de serlo. Desde hace unos años soy de la escasa cuota masculina que aparece en este tipo de actos y lo digo porque me llama la atención que el Instituto Asturiano de la Mujer tenga una importante capacidad de convocatoria. Ello no es nada fácil, como puedo constatar con mi propia experiencia en Galicia.

Yo creo que la relación de la maternidad con el empleo es la traducción de una paradoja cultural que debe superarse. La maternidad es un hecho normal, natural y de una importancia social inmensa, pero muy difícilmente asumible como un paradigma normal en el marco de la relación laboral. Esto produce múltiples aporías a partir constatar que la mujer y el hombre son iguales pero a la vez diferentes. La cuestión es que nuestro Derecho del Trabajo, nuestro Derecho del Empleo y nuestro marco de relaciones laborales están contruidos a partir de un estereotipo de trabajador hombre, que trabaja intensivamente, a jornada completa y que ha hecho dejación de sus obligaciones familiares. Por lo tanto, estamos ante un Derecho que no contempla el fenómeno de la maternidad o por lo menos no lo contempla con la flexibilidad que debiera.

Quisiera mostraros simplemente una imagen: mañana por la mañana estaré en un salón de un hotel de Vigo negociando el convenio del metal de la provincia de

Pontevedra. Somos dieciocho personas y dieciocho hombres. Esto refleja una realidad de un sector masculinizado, qué duda cabe, y por eso muy bien retribuido, también qué duda cabe. Es el esquema de cómo se construye el Derecho del Trabajo. Una mujer irrumpe – y digo irrumpe porque hasta hace pocos años sólo retornaba al mercado de trabajo en caso de necesidad o en caso de infortunio familiar – de una manera "enojosa" que hace que se tambaleen los pilares de nuestro sistema de relaciones laborales.

Algo se ha avanzado en los últimos años, qué duda cabe. No obstante, cuando hablo de estos temas me molestan perspectivas excesivamente autocomplacientes, que destacan en exceso las mejoras legislativas. Es más gráfico y realista referirse a lo mucho más que falta por mejorar. Cuando menos, en el Principado cuentan ustedes con una estructura, el Instituto, correctamente engarzada en la Administración Autonómica y no con una institución inoperante como nuestro Servicio Galego de Igualdade.

Como penúltima reflexión introductoria quisiera plasmar que cuando hablamos de empleo de la mujer las perspectivas igualitaristas no son suficientes. No lo son porque el hombre no puede estar embarazado, y ello nos lleva a comparaciones perversas. Comparamos la maternidad con una enfermedad, porque el único paradigma que tenemos es el del hombre enfermo; comparamos la mujer con el estereotipo del hombre y con este derecho del trabajo hecho a imagen y semejanza de un hombre liberado de su familia o, si se me permite la expresión, diría que excluido de su familia.

También quisiera tener en cuenta, y esta es la última reflexión introductoria, que no todas las mujeres son iguales, y que se debe tener en cuenta su diversidad: no todas las mujeres son fértiles, ni todas las mujeres tienen el mismo deseo de reproducción. Estas son variables que hay que tomar en consideración para forjar unas relaciones laborales que, en el marco del empleo, introduzcan con naturalidad el asunto tópico de la maternidad.

A mí me encantaría hoy hablar de conciliación de la vida familiar y laboral porque es el gran reto y el más revolucionario que me plantea el Derecho del Trabajo como hombre. Sin embargo voy a hablar sólo de maternidad -que es otro gran reto, también exigente para mí, aunque mucho más acotado-. Tampoco voy a hablar de la maternidad adoptiva. No porque no quiera, sino porque concibo la maternidad adoptiva como una cuestión de conciliación, no como una cuestión de derecho de la mujer. Nuestro Derecho Laboral es profundamente insatisfactorio en materia de maternidad, pero lo es muchísimo más en materia de conciliación. Ahí yo creo que estamos bajo unos paradigmas legales, sociales y profesionales que deberíamos revisar muy profundamente.

Voy a hablar desde el Derecho interno, desde el Derecho español, pero no puedo obviar un dato: el derecho a trabajar en igualdad no nace por casualidad y no surge aquí por generación espontánea. En nuestros estándares jurídicos diríamos que somos demasiado deudores de lo que ha pasado en Europa. Europa, a su vez, es demasiado deudora de lo que ha pasado en el Reino Unido. Y el Reino Unido, por su parte, es deudor en estos temas -no debe ignorarse- de lo que pasó en los años 60 con la discriminación racial en Estados Unidos.

Todas sabéis que hay una Estrategia Marco Comunitaria, un programa sobre Igualdad de Hombres y Mujeres que, aunque estamos en una Europa muy distinta de la que puede evocar su periodicidad, sigue concibiéndose como un plan quinquenal. Se trata de la estrategia del año 2001 al año 2005. Desde la perspectiva europea, hay muchas cosas que funcionan, unas mejor que otras, pero funcionan bastante aceptablemente. Esa Estrategia Marco de Igualdad nos dice que es muy importante que en estos cinco años los Estados miembros den un paso decisivo y cualitativo en la aplicación de los estándares normativos que hay en Europa sobre maternidad y sobre protección social de la maternidad. Lo cual nos pone en una senda de autoinculpación. Si esto se plantea como un reto, como una necesidad, el problema

que tenemos no es normativo o, por lo menos, no es sólo un problema normativo, sino que es un problema de aplicación efectiva y de interpretación de las leyes.

Como otro dato programático, sabéis que hace dos meses nuestro Instituto de la Mujer, el español, nos aportó un IV Plan de Igualdad entre Hombres y Mujeres, Plan 2003-2006, que propone algunas perspectivas en torno a la maternidad y en torno a la protección social de la maternidad. En concreto siete, y a alguna de ellas voy a dedicarme de forma más cuidadosa, mientras que otras simplemente las comentaré por encima. La primera medida que pretende imponerse en materia de maternidad es eliminar la necesidad de cotización previa para que la mujer pueda tener derecho al subsidio de maternidad durante el descanso obligatorio de seis semanas. Su exigibilidad actual me parece escandalosa. Enseguida retorno a ello. Otra aportación interesante de este plan de igualdad consiste en que se tome por cada hijo una ficción de que la mujer ha cotizado un año a la Seguridad Social. Esta es una ficción que existe ya en nuestro derecho pero de forma muy precaria. No sé si conocéis una institución que se llama la “excedencia por cuidado de familiares”, de acuerdo con la cual el primer año de excedencia se toma como de cotización para las contingencias de vejez y de invalidez. Ahora lo que se pretende es que cualquier situación de maternidad biológica suponga que la madre tenga un año cotizado, al margen de que haga uso de derechos de excedencia por cuidado de hijos, y que este derecho que ahora se restringe a un año de excedencia por cuidado de hijos se incremente a dos años. Otra medida que propone el Plan consiste en que la prestación de Seguridad Social por riesgo durante el embarazo se amplíe a la prestación por riesgo durante la lactancia. También hablaré más adelante de qué hay detrás de este problema. Otra cuestión esencial consiste en equiparar el subsidio que se paga en caso de riesgo por el embarazo al subsidio por maternidad. Volveré sobre este tema. Para mí, quizá lo más interesante es introducir un permiso por paternidad. Actualmente el nacimiento del hijo o de la hija le otorga al padre el derecho de dos días de licencia que se amplía a cuatro días en caso de desplazamiento. Pero no nos engañemos, ¿por qué dura sólo dos días la licencia paterna por nacimiento de hijo?

Porque es un permiso masculino: mientras el padre está disfrutando de la "licencia" de dos días la madre está sometida al descanso obligatorio, por maternidad. Estoy convencido de que si el permiso por nacimiento de hijo no fuera masculino sería de mucho más de dos días. Hay una expresión que creo que todos conocemos y es que "los dados están trucados" y aquí se dice "ampliar este permiso por paternidad hasta cuatro semanas"; evidentemente sería un salto cualitativo si el permiso de paternidad siguiera siendo a cuenta del empresario como es ahora y acompañado de algo imprescindible: que debiera protegerse al padre contra el despido por el ejercicio del derecho de paternidad. Finalmente, como última medida que plantea este Plan de Igualdad del Estado Español, se pretende reformar el permiso de lactancia. A mí me gustaría hablar largo y tendido del permiso de lactancia, porque, tal y como está regulado, no tiene ni pies ni cabeza. Simplemente os diría a modo de ejemplo que el permiso por lactancia en España, que teóricamente pueden disfrutar madre y padre, para su disfrute por el padre se condiciona a que la madre trabaje. Sin embargo, para la mujer no está condicionado a que el padre trabaje. Poniendo un ejemplo, si el padre y la madre trabajan, cualquiera de los dos puede hacer uso del derecho; si la madre trabaja pero el padre no, la madre puede hacer uso de ese derecho; pero si el padre trabaja y la madre no, el padre no puede hacer uso del derecho de lactancia. Este es uno de los múltiples ejemplos de una regulación tan tendenciosa como es la española. Cualquier reformulación en la regulación del permiso de lactancia sería bienvenida porque, sin duda, sólo podría mejorar esta institución.

Veremos ahora la suspensión por maternidad. No quiero protagonizar una tediosa sesión de cómo se regula en el Derecho Español el subsidio por maternidad, o la suspensión del contrato por maternidad. Sólo voy a plantear alguno de los problemas y de las disfunciones que suscita para que percibáis la situación. El primer problema que tiene la suspensión por maternidad es que es un derecho de la madre, aunque, en principio, ello no es que sea un problema, es una evidencia. Desde hace un tiempo la madre puede pasarle al padre todo lo que no es descanso obligatorio, es decir diez semanas de las dieciséis. La disfunción estriba en que este derecho se

recoge en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Hace unos años sucedió una cosa muy curiosa: una Registradora de la Propiedad -por tanto una persona con bastantes ingresos- solicitó que le pudiera ceder a su pareja todo lo que no fuera descanso obligatorio. Pero el Tribunal Supremo le dijo que no tenía ese derecho por la sencilla razón de que a la madre, por su específica condición de profesional del arancel, no se le aplicaba el Estatuto de los Trabajadores. Antes de venirme aquí, me tomé la precaución de leerme las sentencias de vuestro Tribunal, del de Asturias, y encontré una que confirma esta misma doctrina, en la que a una abogada en ejercicio en el régimen de autónomos de la Seguridad Social le dijeron que no le daban el descanso al padre porque a ella no se le aplicaba el Estatuto de los Trabajadores. Esto es una interpretación equivocada, absurda y además, antijurídica, porque la normativa sobre maternidad hay que estudiarla desde la perspectiva de la Seguridad Social y esta trabajadora autónoma está cotizando como cualquier otra trabajadora, de modo que no debería tener un derecho cualitativamente inferior de confiarle al padre el permiso de paternidad.

Otro asunto menor en términos cuantitativos, pero muy ilustrativo en términos cualitativos es qué sucede cuando fallecen en el parto el hijo o la hija. Siempre he pensado que, si fallecían en el parto, la madre tenía exactamente el mismo derecho, porque parto había habido y, la legislación regula una “suspensión por parto”. Sabéis mucho mejor que yo que se considera parto el de una criatura abortiva a partir del sexto mes de gestación. Por lo tanto, habiendo parto, habría derecho a la licencia en su período total. A este respecto, debería plantearse filosóficamente qué hay detrás de la suspensión por maternidad. Si no se concede la suspensión íntegra, la madre se encontrará con una situación de desventaja en el empleo. Probablemente, al terminar las 6 semanas de descanso obligatorio, que son las únicas que va a tener, se tendrá que someter a una serie de bajas por incapacidad temporal que van a resultar gravosas para el empresario e inferiormente subsidiadas para la trabajadora. A este respecto, la doctrina judicial ya había anticipado que la madre que había tenido un parto con una criatura abortiva o con un niño no viable no

tenía derecho al permiso por maternidad más allá de las seis semanas. Esto hubiera sido muy fácil de solucionar por la vía normativa, pero desgraciadamente un decreto del 2001 -el RD 1251/2001- sigue por la misma senda.

En cuanto a la posibilidad de que la madre opte por que el padre disfrute del derecho al descanso en período voluntario, siempre que dicha opción se produzca al principio del descanso por maternidad y no le suponga peligro para su salud, la situación al respecto también resulta harto insatisfactoria. La lectura del precepto legal sugiere de entrada un comentario valorativo, ¿por qué la madre no puede sobrevenidamente optar por que el padre disfrute la licencia, aunque no sea inicialmente tal su elección? Digo esto sobre todo porque creo que cuando más falta hace que el padre haga uso del derecho al descanso por paternidad es el caso de que la madre tenga problemas de salud. Una legislación más razonable otorgaría al padre el disfrute del descanso por maternidad y a la madre un subsidio por incapacidad temporal. Precisamente en ese caso, el más necesario, es cuando se le prohíbe a la mujer esta posibilidad. No cabe duda de que algo se ha avanzado en este subsidio: es muy importante que se pueda disfrutar a tiempo parcial, aunque esto requiera un pacto con el empresario, o que pueda disfrutarse simultáneamente por ambos progenitores, o que haya una regulación específica para el caso de neonatos o recién nacidos que requieran de hospitalización después del parto. No quiero negar que algo se ha avanzado, pero quiero decir que ha sido muy poco.

Si el problema se observa desde la perspectiva de la Seguridad Social, se encuentran múltiples insuficiencias. La más grave consiste en que se considera la suspensión por maternidad como un período en el que subsiste la obligación de cotizar para el empresario. Esto es impropio de una legislación moderna. Medidas muy “progresistas” desde el Gobierno plantean el tópico del “coste cero”: que no cueste nada la cotización del sustituto de la trabajadora y que no cueste nada la cotización de la trabajadora. Eso es mentira, o más bien es una verdad a medias, porque ello se hace depender de que la empresa contrate a un interino. Ignoro si los

legisladores tienen en cuenta las estadísticas, pero las suspensiones por maternidad sólo en un escasísimo porcentaje se sustituyen por un interino. La mayoría de las veces no se sustituyen. De modo que en la amplia mayoría las bajas por maternidad se mantiene la obligación de cotizar para el empresario. Estas son cuestiones que redundan en que el empresario perciba como un riesgo la contratación y el mantenimiento en el empleo de una mujer. Lo razonable sería establecer la ficción, utilizada en otras ocasiones, de que los períodos de licencia por maternidad tienen que considerarse como de cotización efectiva a los efectos de futuras prestaciones.

Desde el año 94 la maternidad se separó de la incapacidad temporal. Antes, se trataba como una enfermedad. Eso era perverso porque suponía que el empresario tenía que anticipar a la madre el subsidio de maternidad, entre otros problemas. Afortunadamente eso desapareció. El subsidio por maternidad deben pedirlo directamente las madres a la entidad gestora. Ante lo que yo planteo: ¿por qué tienen que pedirlo? Os cuento lo que puede suceder, o lo que le sucedió a una compañera mía que por una serie de circunstancias no instó en plazo la petición del subsidio por maternidad. Lo pidió a los cinco meses por una serie de circunstancias que pertenecen a su vida privada y que no voy a relatar. Y sucedió que le concedieron el subsidio por maternidad, pero le descontaban cinco meses por solicitud extemporánea, que es como no darle nada. Mi pregunta es la siguiente: ¿no tiene o puede tener conocimiento la Administración Pública de que ha nacido un niño o una niña que es hijo o hija de una madre concreta? En estos casos debería regir el principio de oficialidad en el subsidio por maternidad, es decir, que se concediera de oficio y que no hiciera falta solicitarlo. Sin embargo, alguna sentencia que defendió un magistrado amigo mío, Fernando Lousada, fue convenientemente revocada por el Tribunal que conoció del recurso, y ahora existe un decreto del año 2001 que dispone que el subsidio por maternidad hay que pedirlo, nunca se reconoce de oficio.

Hay más problemas técnicos y tampoco quiero aburrirlos con ellos al margen de las preguntas que podáis plantear en un coloquio. Voy a plantearos uno porque ha

sido una cuestión que se ha suscitado aquí, en Asturias, y que me parece un reto interesante. El tema es muy fácil de entender: se trataba de una señora que se encontraba en una situación curiosa, pues pidió el subsidio por maternidad, se lo concedieron y mientras lo estaba disfrutando se revisó el convenio colectivo que se le aplicaba. Ella, a la vista de la revisión salarial, planteó demanda pidiendo que se revisase la cuantía del subsidio por maternidad, ya que al haber revisado el convenio con efecto retroactivo desde el mes de enero tendrían que haberle recalculado el subsidio por maternidad de acuerdo con la cantidad que en ese momento se estaba pagando a los trabajadores. Por supuesto, el INSS denegó tal posibilidad. Existe una sentencia del año 96 del Tribunal de Justicia Europeo de las Comunidades –asunto *Gillispie*- que declaraba que ese derecho existía, pero no en relación con una prestación pública, sino con una diferencia salarial. Hoy en día, jurisprudencialmente sería muy complicado que se revisase el subsidio por maternidad porque se hubiese revisado la cuantía del convenio colectivo con efectos retroactivos desde el mes de enero. Esta es una cuestión de futuro, de reto, de insistencia, y estoy convencido de que es una barrera que a medio plazo se va a derrumbar con la lógica de las palabras y con la lógica del sentido común.

Podía plantear muchas más cosas sobre maternidad y suspensión y Seguridad Social, pero para ir punteando algunos temas, algo que se ha planteado hace pocos años es el riesgo durante el embarazo, otro tema que tiene mucho que ver con la maternidad. A este respecto, los comentarios son parecidos, en el sentido de que tenemos una legislación satisfactoria en parte e insatisfactoria en otra parte. No quiero entrar en un análisis demasiado técnico, pero me gustaría que supierais que el riesgo durante el embarazo es algo diferente del embarazo de riesgo. Se trata de la situación en la que el mantenimiento de la mujer en su puesto de trabajo puede originar peligro para su salud, la del feto o la del lactante. En este caso no es el Estatuto de los Trabajadores, sino una ley del año 95, la 31/1995 de prevención de riesgos laborales la que establece varias posibilidades sucesivas. Lo primero que tiene que hacer el empresario es evaluar los puestos de trabajo y detectar si alguno de

ellos es peligroso para una mujer en estado de embarazo; si esto es así, tiene una obligación principal, que es adaptar el puesto a la situación de embarazo, lo que en primer lugar es caro en términos económicos, y en segundo complicado en términos estructurales. Más allá de otra serie de elucubraciones filosóficas, lo que habría que hacer es plantear si esto es una medida excesivamente gravosa para un empresario y plantear que haría falta una buena labor de fomento en este punto por parte de las Administraciones competentes. Lo que está ocurriendo es que, ya que resulta tan complicado adaptar el puesto de trabajo a la situación de embarazo, al empresario le resulta más factible cambiar a la trabajadora de puesto. A este respecto, los convenios colectivos tienen mucho que decir y deberían tener mucho que decir. Sé que sobre esto siempre predico en el desierto, pero siempre predico, que la adaptación del puesto va antes. Sólo en caso de que ésta no sea posible, la ley prevé cambiar a la trabajadora a un puesto de trabajo de la misma cualificación, del mismo grupo profesional, y si no la hubiera, de un grupo inferior pero manteniéndole la retribución. Y aquí surge otro problema, pues cambiar a la trabajadora a un puesto de trabajo inferior manteniéndole la retribución es gravoso para el empresario y distorsionante de la contratación de mujeres. Lo lógico sería que esa diferencia salarial no fuera asumida por un empresario privado. Por último, si no es posible el cambio de puesto de trabajo se sitúa a la trabajadora, a partir de una reforma del año 99, en una situación de suspensión del contrato de trabajo denominada “riesgo durante el embarazo.” Aquí lo que se está planteando es uno de los profundos retos del Derecho del Trabajo, es decir, la compatibilidad de la maternidad con el trabajo y este es un tema de salud laboral.

Hace unos años comentaba como una novedad interesante –la había comentado con gran acierto mi colega de la Universidad de Oviedo María Antonia Castro Argüelles– una sentencia del Tribunal Constitucional, la 229/92, que fue la primera que declaró ilegal prohibir a una mujer trabajar en la mina. Pienso que esta sentencia pone el dedo en la llaga, es decir, plantea sin ambages el problema de cómo solucionar las eventuales incompatibilidades entre el trabajo y la fertilidad de la

mujer, y lo hace partiendo de una consideración rigurosa del principio de no discriminación. Voy a exponer el caso de dos sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades. Una es del año 94, Habermann-Beltermann y plantea la cuestión de si el trabajo nocturno, intrínsecamente peligroso durante la situación de embarazo, puede impedírsele legalmente a la mujer embarazada. El Tribunal de las Comunidades declara que dicha prohibición contradice el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Y ha habido una sentencia parecida más recientemente, el asunto Malbourn, del año 2000, que era el caso de una trabajadora de una institución hospitalaria, algo parecido a lo que es aquí una A.T.S., que concursaba a una plaza del servicio de radiología. Le impidieron concursar y ocupar la plaza porque estaba embarazada. Otra vez el Tribunal de las Comunidades manifestó que tenía derecho a postularse para la plaza aunque temporalmente hubiera que contratar a alguien que sustituyera a esa trabajadora. Quizá la doctrina del Tribunal pueda parecer normal Pero yo tengo un colega, el profesor belga Jean Jaqumain, un especialista a nivel europeo en temas de maternidad, que comenta que a él le parece esta sentencia ligeramente fundamentalista. Yo no estoy de acuerdo con él, a mí no me parece nada fundamentalista, pero pone de manifiesto que la cuestión para nada es pacífica.

Después de plantear este tema en sus puntos más generales, quisiera comentar una serie de insuficiencias que arrostra, en mi opinión, la regulación del riesgo durante el embarazo. La primera, que para mí es una cuestión de conceptos, es que el riesgo durante el embarazo es un riesgo profesional, una contingencia profesional, no común. Es decir, si una mujer embarazada no está trabajando no padecerá tales riesgos durante el embarazo. Sin embargo, el legislador español la concibe como una contingencia común. Ello conduce a los inconvenientes de que se exige cotización previa, y de que se calcula de forma más perjudicial para la trabajadora. Como segunda insuficiencia, debe tenerse en cuenta que se paga el 75% de la base de cotización -en la maternidad creo que sabéis que es el 100% del salario, sin entrar en pequeños matices-. A primera vista, el tratamiento de la contingencia de

riesgo durante el embarazo es discriminatorio, porque, si se compara a la mujer que sufre ese riesgo con el hombre que no puede sufrirlo, se constata fácilmente que el hombre no va a padecer merma económica alguna. Yo creo que el test de comparación correcto consiste en situar al hombre en la posición de la mujer, o situar a una mujer no embarazada en el lugar de esa embarazada que sufre ese problema económico.

Resulta difícil afirmar que esta diferencia en el subsidio de Seguridad Social sea contraria al Derecho Comunitario. Hay quien dice algo que voy a intentar rebatir enseguida: que la mujer, durante la suspensión por maternidad no está protegida por el derecho antidiscriminatorio, sólo está protegida por el derecho de protección del embarazo. Afirmación, desde luego, muy presente en el Tribunal de Justicia de las Comunidades.

Otro inconveniente de la regulación del subsidio de riesgo durante el embarazo se refiere a la extinción del contrato. Puede plantearse el supuesto de una trabajadora que se encuentra en esta situación cuando se le extingue el contrato. La legislación aplicable establece que en tal caso se extingue también el subsidio, lo que parece razonable porque esa mujer deja de estar en conexión con el riesgo. De todas formas resulta extraño si se tiene en cuenta que no se trata así a una trabajadora o trabajador durante la baja por maternidad, ni tampoco a un trabajador o trabajadora durante la baja por incapacidad temporal, ya que siguen percibiendo el subsidio aunque el contrato se haya extinguido. Pero parece mucho más criticable si se contrasta con las obligaciones que va a tener esa mujer si se le extingue el contrato y pasa a cobrar prestación o subsidio por desempleo. Por ejemplo, tiene la obligación de aceptar ofertas de empleo adecuadas, entre ellas y por expresa declaración legal, la que coincide con su profesión habitual o con la última profesión que haya desempeñado. A mí me parece correcto que se exija justificación para rechazar una oferta de empleo. Pero no que se ampare con la protección por desempleo a alguien cuya situación no es esencialmente de desempleo, sino de imposibilidad de trabajar.

Por lo tanto, que se encuentra en una situación de *riesgo durante el embarazo* y no de *desempleo*.

En cuanto al tema del riesgo durante la lactancia, que se planteaba en el Plan 2003-2006: el Derecho español se encuentra flagrantemente en transgresión del Derecho Comunitario, porque la Directiva de Embarazo –la 92/1985/CEE- no sólo establece la suspensión por riesgo durante el embarazo, sino que también la establece durante la lactancia. Pero en el Reino de España no se ha legislado y debe hacerse, pues se trata de ampliar el subsidio por riesgo a la lactancia natural de la trabajadora que esté lactando a su hijo recién nacido.

Yo creo que éstas son cuestiones que pueden mover a la reflexión. Hay otros muchos incumplimientos. Por ejemplo, en el Reino de España no se sabe en el ámbito legal qué agentes deben considerarse peligrosos para el embarazo. Mejor dicho, se sabe porque están expresados en la Directiva Comunitaria, pero el Derecho interno no ha recogido en una lista abierta dichos factores de riesgo, lo cual sería exigible para trasponer correctamente la norma comunitaria.

Olvidaba contaros un aspecto que paso a abordar y que se incluye en el Plan 2003-2006: de acuerdo con sus propósitos, no se podrá exigir cotización para tener derecho al subsidio por maternidad durante el descanso obligatorio de seis semanas. Piénsese en una mujer que no reúne la cotización mínima de 180 días cuando se produce el parto. En la actualidad tendrá que estar de baja durante seis semanas y no le pagarán prestación alguna, porque no tiene derecho al subsidio de Seguridad Social. Sin embargo, no puede trabajar porque es absolutamente ilegal trabajar a lo largo del descanso obligatorio. Si se concibe el descanso como obligatorio, y obligatorio también para quien no reúne la carencia, resulta absolutamente desproporcionado imponer a la mujer sin carencia previa la carga económica de no cobrar durante seis semanas. Incluso se llega al escándalo de tener que oír que la falta de cobertura es razonable para evitar el fraude, como si hubiera mujeres que para defraudar a la Seguridad Social tengan un hijo.

Vamos con el último gran tema y con el que más tiene que ver con que esté yo aquí hoy, que es la protección antidiscriminatoria de la maternidad. Valga el derecho al descanso por maternidad y valga la suspensión por riesgo durante el embarazo, pero eso no es suficiente. Al final de esta encrucijada debe considerarse el efecto boomerang de las leyes sociales. Es decir, una legislación demasiado proteccionista que a la hora de la verdad produce el impacto adverso de disuadir a un empresario de contratar a mujeres. Una vez que están contratadas, o antes de estarlo, cabe preguntarse cómo influye el embarazo o la maternidad en el desarrollo de sus contratos.

Poco antes del año 90 la señora Dekker se quedó embarazada antes de ser contratada y optó a un empleo. Obtuvo el primer puesto en el concurso y, cuando iba a formalizarse el contrato, le manifestó a su futuro empresario que estaba embarazada. Ante estos hechos, el empresario, muy razonable él, se negó a firmar porque le era inmensamente costoso emplear a una trabajadora embarazada a la que iba a tener que pagar una serie de permisos y licencias. En el año 90, el Tribunal de Justicia de las Comunidades resolvió este caso y declaró que la actitud de la empresa constituía una discriminación directa. Es decir, que nunca se puede justificar por razones económicas no contratar a una trabajadora que está embarazada. A partir de ahí se empieza a construir una jurisprudencia muy interesante en el marco de la Comunidad Europea que poco a poco se va filtrando a España, pero como todo, un poco distorsionada. El mismo día de la anterior, el Tribunal de las Comunidades dictó otra sentencia muy parecida, la de la señora Hertz –yo siento mucho contaros esto, pues quien actuó de ponente en esta sentencia fue un venerable maestro del Derecho Laboral, Giuseppe Federico Mancini, un profesor italiano fallecido hace tres años-. Se refería a una mujer que después del descanso por maternidad sufría problemas de salud y que tuvo que solicitar bajas, ante cuyos hechos el empresario la despidió por las inasistencias posteriores a la reincorporación por la maternidad, derivadas de complicaciones padecidas en el parto. La sentencia Hertz del año 90 consideró tal situación como no protegida por el derecho antidiscriminatorio. Yo

tuve ocasión de conocer directamente la opinión de Mancini: él estaba convencido de que la sentencia era injusta, pero que se justificaba únicamente porque una resolución en sentido contrario hubiera surtido un efecto disuasorio para la contratación de mujeres. Se trata de una valoración problemática, porque está argumentada sobre el efecto boomerang de las leyes sociales sobre la maternidad.

A España comienza a llegar lo que ocurre en Europa y empieza a haber sentencias interesantes. Por ejemplo, una de hace ya algunos años que declara que la conducta de resolver un contrato a una mujer durante el periodo de prueba porque está embarazada es discriminatoria; otras expresan que no renovar un contrato temporal a una trabajadora embarazada es asimismo discriminatorio; otra, muy interesante, que asimismo declara la nulidad del despido, por cierto referida a una trabajadora embarazada y despedida por inasistencias excesivas durante el embarazo cuya empleadora era una política que fue ministra de Medio Ambiente.

Pero la Directiva comunitaria de maternidad no es un instrumento aislado. Hay convenios de la OIT que ha ratificado España que obligan a no despedir a una trabajadora por el motivo de su maternidad. Finalmente, en el año 99 se aprueba una conocida ley en España, la 39/1999, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral, que considera nulo el despido de una trabajadora durante el embarazo o durante el permiso por maternidad y el de una trabajadora o trabajador que ha solicitado y/o disfruta de los derechos parentales. Empiezan a sucederse los acontecimientos y a producirse sentencias que encauzan la cuestión de modo más satisfactorio, pero sin llegar a un grado de satisfacción absoluto, como voy a describiros al final.

Aparecen pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades que matizan o ensanchan esta protección frente al despido de la trabajadora embarazada o por licencia por maternidad. Uno de ellos se refiere Ayuntamiento de Los Barrios, en Algeciras, donde una trabajadora de ayuda domiciliaria, la señora Jiménez Melgar, encadenaba un buen número de contratos temporales. Llega a conocimiento de su empresa, al Ayuntamiento de los Barrios, que está embarazada, y no se le renueva el

contrato. Declara la sentencia algo muy interesante, no del todo clarificado hasta entonces: que esta protección antidiscriminatoria también afecta a los casos en los que no se trata de un despido, sino de una no renovación de un contrato temporal. Ese mismo día –el 4 octubre 2001- aparece otra sentencia muy importante, que resuelve el asunto Tele Danmark. El litigio era muy típico: se trataba de una trabajadora que había sido contratada en una empresa de televisión danesa durante varios meses. Cuando le comentó a su empresario que estaba embarazada fue despedida porque no iba a poder cumplir la totalidad del plazo de su contrato temporal para una obra determinada. El Tribunal declara que se había producido un despido protegido por la normativa antidiscriminatoria.

En el Reino de España se plantean dos cuestiones concretas: una relativa, a cierta mejora en relación con la normativa comunitaria. Os recuerdo que os he comentado una sentencia –Hertz- que expresaba que la mujer no estaba protegida frente al despido por las inasistencias posteriores a su reincorporación, pero que eran producto de su embarazo. Pues la Ley 39/1999, yo creo que no del todo conscientemente, resolvió esta limitación, porque el artículo 52 d) del *Estatuto de los Trabajadores*, que procede de dicha ley en su redacción actual, establece que en el despido por ausencias justificadas no se computarán nunca las faltas de asistencia derivadas de enfermedades causadas por el embarazo. Por lo tanto, tampoco las posteriores que traigan causa del mismo.

Hay otro problema mucho más grave: ¿qué es una trabajadora embarazada? La cuestión consiste en que el empresario va a alegar siempre que no sabía que la trabajadora está embarazada, y es muy fácil decir esto, hasta que el embarazo está avanzado. Aquí está probablemente la clave de nuestro sistema de protección: ¿cómo demostrar que el empresario sabe que la trabajadora está embarazada? A este respecto la Directiva de maternidad y la Ley española de Prevención de Riesgos definen a la trabajadora embarazada como aquella que ha comunicado a su empresario el estado de embarazo. Pero el argumento no es definitivo porque el

*Estatuto de los Trabajadores* reconoce la protección antidiscriminatoria por el embarazo desde que éste se inicia hasta que la trabajadora se reincorpora, y considera el despido nulo excepto que sea justificado por razones procedentes. Lo que nunca puede ser es improcedente: o es procedente o es nulo. Pero la ley, el *Estatuto de los Trabajadores*, no exige expresamente que la trabajadora haya comunicado a su empresario que está embarazada. A este respecto, hay una sentencia muy clara del Tribunal Constitucional, la 20/2001, referida a una cuestión muy burda y fácil: la de una funcionaria interina que había comunicado que estaba embarazada a su Administración Pública, y ésta la cesa en su función interina porque había sido nombrada por causa de una necesidad urgente del servicio público, de modo que al estar embarazada no podría cubrirla. Esta sentencia no tiene ninguna dificultad: como ya anticipé, el despido por embarazo es una discriminación directa que nunca admite justificaciones productivas, de modo que otorgó amparo a la trabajadora.

Más recientemente nos encontramos con otras dos sentencias, las dos malas. La primera, del año 2002, la 41/2002. Se trata de un pronunciamiento cuyos hechos se producen con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Conciliación. El tema que se plantea es el de una trabajadora que, al reincorporarse al trabajo tras tener un hijo, el empresario la despidió. En el acto de conciliación se pactó la reincorporación porque alguien debió de advertirle al empresario que el despido era discriminatorio. Pero no contento, como la trabajadora, reincidente, se queda otra vez embarazada, la vuelve a despedir. Esta sentencia declara que ahí no hay discriminación porque el empresario no sabía en esta segunda ocasión que la trabajadora estaba embarazada. En contra del criterio del Tribunal, hay indicios de que algo va mal: ha habido un despido previo con reincorporación y curiosamente, cuando se produce el segundo embarazo, se efectúa un nuevo despido, es decir, hay indicios suficientes para que el órgano judicial tenga que hacer algo a lo que está obligado por ley. Y este algo consiste en desplazar la carga de la prueba, en otras palabras, que sea el empresario el que tenga que probar que el despido no tenía nada que ver con el embarazo. Pero

al empresario, no sé cómo lo consiguió, le bastó con que el magistrado de instancia declarase probado que él no sabía que su trabajadora estaba embarazada.

La segunda mala sentencia es una del Constitucional de 30 de enero 2003, la 17/2003, que concede el amparo a la trabajadora. Se trataba de una empleada de un instituto de educación de Cataluña a la que –otra vez- se le despide cuando está embarazada. El tema es siempre el mismo, como podéis comprobar, pero en este caso el instituto se permite dos frivolidades: la primera decir que se trata de una administración pública, y las administraciones públicas nunca discriminan. La segunda, afirmar que en su caso concreto discrimina tan poco que en su plantilla contaba con ochenta y tantas mujeres y veintitantos hombres. Cualquiera que sepa algo de segregación laboral sabrá por qué las mujeres se dedican a la educación: porque la educación está mal pagada. Pues ésta es una sentencia inmensamente curiosa, porque le da la razón a la trabajadora y dice que ahí hay indicios de que ha habido discriminación. Parece ser que el despido había consistido en una extinción de un contrato temporal que se debería extinguir bastantes meses más adelante. Parecía que de alguna forma el embarazo tenía que ver con el despido, pues se había diagnosticado en una fecha y a las dos semanas se produjo éste. Y máxime porque no se había alegado ninguna causa, con lo que parecía que había un panorama bastante indiciario de discriminación. La sentencia, sin embargo, no me gusta en un extremo esencial: da como probado en este caso que los compañeros de trabajo sabían el embarazo de la trabajadora, se sabía en la empresa, pero no había quedado suficientemente probado que el empresario lo sabía. Es el mismo problema siempre: ¿cómo se demuestra que el empresario sabe que la trabajadora está embarazada? Hay otro extremo que tampoco me gusta, y es que dice que el mero hecho del embarazo no es un indicio, sino el presupuesto para que pueda nacer la tutela antidiscriminatoria.

Pero lo que al menos queda dicho en esta sentencia del 2003 es, copiándolo de la sentencia Tele Danmark, que la trabajadora no tiene obligación de comunicar

su embarazo al empresario, porque eso es algo que tiene que ver con su intimidad. Una vez más, aunque sea una sentencia de este año, se refiere a hechos que habían tenido lugar antes de la Ley de Conciliación.

Aquí nos encontramos de nuevo con la cuestión sin resolver de modo definitivo: ¿la ley de conciliación le exige a la trabajadora que comunique al empresario el estado de embarazo? No, evidentemente no, lo que instituye es una tutela a plazo y automática. Desde el momento en que la trabajadora se queda embarazada hasta su reincorporación es intocable a menos que haya una razón procedente. El despido nunca puede ser es improcedente. Y ello no tiene nada que ver con que se le comunique o con que no se le comunique al empresario la situación de la trabajadora. Es una protección automática y esto debe decirse muy claro. Quienes se acercan a este tema con un mínimo de rigor y con un mínimo de conocimiento de causa, lo dicen.

Lamentablemente, el poder judicial a veces actúa con poco rigor, incluso cuando se trata de magistradas, de las que acaso debiera esperarse otras actitudes. Aquí os cito otra sentencia más, para olvidar, del Tribunal de Justicia de Madrid muy reciente, de 28 de enero de 2003. Yo le diría a la ponente que se leyera un poco de literatura sobre este tema porque es una sentencia muy mal fundamentada, y tiene un voto particular que tampoco está muy bien fundamentado pero que dice lo que entiendo que es la doctrina correcta: que el Estatuto de los Trabajadores simplemente protege a la mujer embarazada, no a la mujer que le ha dicho al empresario que lo está. Este es un tema crucial porque si no, nos encontramos con el problema casi insoluble, que es hacerle saber a un empresario que la mujer está embarazada, y no sólo eso, sino demostrar que se le ha hecho saber.

Para finalizar os diré que si yo hubiera dado esta charla hace diez años, la hubiera expuesto en el mismo tono, pero sobre la base de una legislación mucho peor. Pero yo creo que es la insatisfacción que tenemos sobre el Derecho la que nos permite obtener conquistas normativas. En la actualidad contamos con el apoyo de

un instrumento sumamente útil, que es el Derecho Comunitario. Hace unos años estaba finalizando mi tesis doctoral en el Reino Unido y me decía mi profesor inglés que cuando se retira la protección interna y se padece un Gobierno muy conservador, se le toma mucha más querencia al Derecho Comunitario, porque es el asidero que queda. Las Directivas, de las que hoy sólo he podido puntear algunas ideas -la de maternidad, la de no discriminación, la de tiempo parcial-, conjuntamente consideradas, tienen un efecto potencialmente inmenso para que puedan plantearse múltiples demandas y obtenerse poco a poco un Derecho más social.

Con esto ya concluyo, como empecé: mal que nos pese, en el año 2003 –y así seguirá sucediendo, en el corto y medio plazo- la trabajadora es un trabajador atípico-. Y más en el Reino de España, el Estado de la Comunidad Europea que más diferencia arrastra entre índice de ocupación masculina y femenina.

Pues eso es todo, muchas gracias y si queréis podemos comenzar el debate.

NOTA ADICIONAL: Meses después de esta intervención, el 30 septiembre 2003, se evacuaron las Conclusiones del Abogado General en el Asunto C-147/02, M.K. Alabaster, cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial británico. Conviene reproducir su segunda conclusión: “*el artículo 11, número 2, letra a), de la Directiva 92/85/CE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), exige que una prestación legal de maternidad que se calcula en función del salario medio percibido por la trabajadora en un determinado período incluya los aumentos de salario que hayan tenido lugar antes del permiso de maternidad de la trabajadora de que se trate o durante el mismo*”. A la espera de que la sentencia confirme esta postura, es muy clarificadora en relación con un tema apuntado en el texto.