

DE NOVO SOBRE A DISCRIMINACIÓN POR EMBARAZO

En datas recentes, o TC dictou unha interesante sentenza, a nº 161/04, do 4 de outubro, na que, nun asunto en principio sinxelo, senta doutrina de interese indiscutíbel para o futuro. Os feitos referíanse a unha muller que desenvolvía os seus servizos para a empresa Pan Air Liñas Aéreas coa categoría de segundo piloto e que, nun recoñecemento médico derivado de baixa con diagnóstico de ameaza de aborto foi declarada por mor do seu embarazo “non apta circunstancial”. Nesta situación, a empresa comunicoulle aos poucos días a suspensión do seu contrato sen dereito a contraprestación salarial, porque se atopaba imposibilitada para as súas funcións como piloto, sen que a empresa lle poidera ofrecer posto alternativo por inexistenza de vacantes. Como elementos colaterais influíntes na resolución do amparo constitucional, convén subliñar que a traballadora contaba con habilitación de “Instructora Teórica de simuladora de aeronave BAE-146” e que, con posterioridade á súa alta médica logo da referida ameaza de aborto, nove pilotos ou copilotos recibiron a formación teórica e de simulador. Neste contexto, e logo do percorrido da cuestión pola xurisdicción ordinaria correspondeulle á Corte Constitucional a análise do pertinente recurso de amparo fronte a suspensión contractual decidida unilateralmente pola empresa.

Convén lembrar que os feitos se correspondían a un momento anterior á entrada en vigor da versión vixente do art. 26 da Lei 31/1995, de 8 novembro, de prevención de riscos laborais por Lei 39/1999, de 5 novembro, de conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras. Nesta versión antiga, no suposto de avaliación con resultado de risco para o embarazo sen posibilidade de remoción do mesmo, nen de adaptación do posto de traballo, e sen que fora posíbel a mobilidade funcional da traballadora embarazada, a lei non regulaba unha suspensión de contrato e menos unha prestación de Seguridade Social de risco durante o embarazo. Convén ter isto en conta porque probablemente os feitos terían sucedido doutro xeito se se produciran alén do 6 novembro 1999, sen perxuízo de que a cuestión de fondo non sexa cualitativamente diferente.

En liña de principio, a doutrina da Sala constitucional non resulta demasiado novedosa: parte dunha afirmación xa ben coñecida segundo a que a prohibición de discriminación entrámbolos dous sexos implica que a diferenza so pode ser utilizada excepcional e restritivamente, á que liga outra que abrangue nesta caste de discriminación, ademáis da simple constatación do sexo da vítima, as circunstancias que teñan conexión co mesmo, e entre elas, de xeito moi sobranceiro, o embarazo. E logo de pasar revista a pronunciamentos anteriores que anulaban decisións empresariais non causais, como o desistimento en período de proba, polo feito de implicar discriminación por embarazo (STC 16/1988, do 26 de setembro), ou, polo mesmo feito, non renovación de contratos temporais (STC 173/1994, do 7 de xuño), ou mesmo despedimentos aparentemente xustificadas á marxe da discriminación (STC 136/1996. Do 23 de xullo), destaca dous feitos para concluír na estimación do amparo: o primeiro, que a empresa tiña consciencia da súa obriga de efetuar avaliación de riscos. E o segundo, que a suspensión non procedía porque a formación da traballadora lle permitía a realización de traballos en terra cuxa necesidade quedara acreditada.

Nesta situación, desde logo lle correspondía á empresa amosar que non existía vacante alternativa para ocupar á traballadora. E, como se concluiu que existía a posibilidade de facilitarlle á mesma un posto de traballo en terra axeitado á súa situación transitoria, a decisión unilateral de suspensión constituíu discriminación inxustificada por mor do sexo. Xa que logo, cumpriu estimar o recurso de amparo e

anular a sentenza de suplicación que considerou axustada a dereito a referida decisión.

A argumentación do Tribunal, por sinxela, é sumamente compartíbel. Porén, hai unha pasaxe especialmente interesante que convén reproducirse, polo seu interese: *“estando en juego la parificación que reclama el art. 14 CE, la protección de la mujer, en este caso embarazada, se extiende a todo el desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, **condicionando las facultades de organización y disciplinarias del empresario**, de suerte que la veracidad de los fundamentos de la decisión de la entidad empleadora es una exigencia constitucional”*.

Xa antes advertín de que probablemente os feitos terían sucedido doutro xeito no caso de que anteriormente aos feitos entrara en vigor a reforma do art. 26 introducida pola Lei de conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras. A deficiencia legal anterior respostaba unicamente a unha mala trasposición ao dereito interno da Directiva 92/1985/CEE, do 19 outubro 1992, relativa á aplicación de medidas para promover a mellora da seguridade e saúde no traballo da traballadora embarazada, que dera a luz ou en período de lactación, xa que non preveía unha licenza retribuída para o caso de que non fora posíbel adaptar o posto de traballo á situación de embarazo nen mobilizar funcionalmente á traballadora. En realidade, non houbo un procedemento craro para ista suspensión ata a entrada en vigor do RD 1251/2001, do 16 de novembro.

Agora ben, a situación que se prantexaría coa legislación actual non diferiría substancialmente. De feito, o que se somete á consideración do Tribunal Constitucional é unha cuestión de mobilidade funcional: o dereito da traballadora a ser ocupada en actividades formativas como medida preferente á suspensión do seu contrato. E, neste ámbito de consideracións, a sentenza é rotunda: as facultades organizativas do empresario vense condicionadas pola protección antidiscriminatoria da muller embarazada. Ou, noutras verbas, ten relevanza constitucional que o empregador na súa xestión dos recursos humanos non produza consecuencias que discriminen á muller no seu embarazo. Quizáis ista sexa a aportación explícita de máis interese do pronunciamento: o condicionamento das facultades organizativas polo principio de non discriminación. O que significa tanto como dicir que o empregador ten que organizar a súa produción tendo en conta que na mesma non pode incorrer en discriminacións por embarazo e que, en consecuencia, ten a obriga de mobilizar funcionalmente á traballadora denantes considerar a suspensión do seu contrato. Ao que cabería engadir, interpretando extensivamente esta sentenza, que a empresa ten que esgotar as posibilidades de adaptación do posto de traballo e de mobilidade funcional para que sexa lexítima a suspensión do contrato.

No fondo, ista é a conclusión á que conduce a sentenza do Tribunal Constitucional interpretada segundo a xurisprudenza da Corte de Luxemburgo. Porque a sentenza do 19 novembro 1998, C-411/96 *Høj Pedersen* incluiu a seguinte pasaxe no seu fallo: *“la Directiva 76/207/CEE del Consejo, 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, y la Directiva 92/85/CEE 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), se oponen a una legislación nacional que prevé que un empresario tiene, cuando considera que no puede dar trabajo a una mujer embarazada que, no obstante, no está en situación de incapacidad laboral, la posibilidad de obligarla a dejar de trabajar sin pagarle la totalidad de su salario”*.

É dicir: á doutrina de que o embarazo condiciona as facultades organizativas do empresario haille que engadir a de que é contraria ao dereito comunitario unha normativa interna que lle permita ao empregador deixar de pagar a totalidade do salario a unha muller embarazada que non está en incapacidade temporal. No asunto *Høj Pedersen* a demandante pretendía que se admitira a súa prestación de servizos a tempo parcial. Na STC 161/04, que non se lle suspendera o contrato cando podía ser reempregada noutro emprego. Logo de ambos os dous pronunciamentos queda claro que o empresario ten que axustar a súa organización ás circunstancias do embarazo, sen prexulgar o ulterior dereito da traballadora á suspensión do contrato e conseguinte subsidio por risco durante o embarazo.

A cuestión é substantiva, porque estende a tutela antidiscriminatoria a ámbitos pouco permeábeis á mesma. Ademais, constitúe unha amplación que fai xustiza material. A conciliación da maternidade co traballo, cuestión de evidente esixenza, amosa complexidades resistentes á súa eliminación. Que a profesionalidade da traballadora se perxudique o menos posíbel por episodios indisulubeis do seu sexo ten que ser obxectivo primario do noso ordenamento xurídico. Porque ademais é contrapartida de certas limitacións do traballo das mulleres en beneficio da saúde do feto, que é tanto como dicir en beneficio da sociedade. A lexitimación dunha normativa que poda excluírle o traballo con exposición a certos axentes nocivos pasa por lle protexer con máximo rigor os seus dereitos laborais. Afortunadamente, xa é historia a ignominiosa vixencia –formal ata a derogatoria da Lei 31/1995, do 8 novembro, material ata a STC 229/1992, do 14 de decembro [a da “muller mineira”]- do Decreto do 26 de xullo do 1957, polo que se fixan traballos prohibidos a mulleres e menores. Porén, aínda queda moito treito para poder afirmar que as limitacións do traballo durante o embarazo están suficientemente compensadas.

Jaime Cabeza Pereiro
Catedrático de Dereito do Traballo e da Seguridade Social.
Universidade de Vigo