

Límites del principio de igualdad material por razón de género: la sujeción de la protección de las inasistencias al trabajo a consecuencia de enfermedad derivada del embarazo o el parto al régimen general de baja por enfermedad. STJCE de 8 de septiembre de 2005, Asunto C-191/03. Caso McKenna vs. North Western Helath Board.

Dr. Daniel Martínez Fons
Profesor Lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Pompeu Fabra

1. Hechos del litigio y objeto de la cuestión prejudicial.

La Sra. McKenna, que prestaba sus servicios como empleada pública en el servicio North Western Health Board irlandés, quedó embarazada en enero 2000. A consecuencia de las dificultades del embarazo estuvo de baja la práctica totalidad de los meses de gestación. De conformidad con el régimen de baja por enfermedad aplicable en North Western Health Board, se reconocía a los trabajadores 365 días de baja retribuida por cada período de cuatro años. Los primeros 183 días de baja debían percibir su retribución íntegra; mientras que los restantes días hasta cubrir el máximo de 365 solamente se les abonaba el 50% del salario.

En atención al régimen jurídico aplicable, a partir del día 184 de baja se le redujo su retribución a la mitad hasta la fecha en que inició el permiso de maternidad. Durante el permiso de maternidad, de conformidad con la normativa aplicable, la trabajadora percibió la totalidad del sueldo. Al término del permiso de maternidad la trabajadora todavía se encontraba incapacitada para trabajar por lo que de nuevo pasó al régimen de baja por enfermedad, en virtud del cual se le redujeron las retribuciones al 50%.

La trabajadora presentó denuncia ante el “*Equality Officer*” alegando ser víctima de discriminación por razón de sexo, prohibida por la Directiva 76/207/CEE, por cuanto que al vincularse el estado patológico derivado de la prestación a la enfermedad común le había perjudicado reduciéndosele su retribución a la mitad. Expuso, asimismo, que la reducción de su retribución a la mitad después del periodo de 183 días constituía un trato menos favorable en materia salarial proscrito por los artículos 141 del Tratado y la Directiva 75/117. Por último la trabajadora indicaba además que la imputación de la baja derivada de las dificultades en el embarazo le perjudicarían en las futuras bajas por enfermedad, puesto que se arriesgaba a quedar sin cobertura si volvía a caer enferma en los años siguientes.

Debe recordarse antes de continuar adelante en la exposición de los hechos que el artículo 141 TCE señala que los Estados miembros garantizarán la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un trabajo de igual valor. Principio desarrollado por la Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero. Por su parte, la Directiva 76/207/CEE, 9 de febrero, establece 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.

El organismo encargado de velar por la igualdad acogió las alegaciones de la Sra. McKenna y ordenó que se le pagasen los salarios controvertidos así como una indemnización por los daños y perjuicios morales resultantes del comportamiento discriminatorio.

El North Western Health Board apeló la resolución ante la Labour Court irlandesa. En órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento y plantear ante el TJCE las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) Si el régimen de baja por enfermedad que ofrece el mismo tratamiento a las bajas derivadas del embarazo que a los trabajadores que padecen enfermedades patológicas puede entenderse incluido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE.
- 2) En caso de que así fuera, si la imputación del periodo de ausencia derivada de las complicaciones durante el embarazo al conjunto de derechos a las prestaciones previstos por el régimen de baja laboral por enfermedad es contraria a la referida Directiva 76/207/CEE.
- 3) En caso de que fuere de aplicación la Directiva 76/207/CEE, se pregunta al TJCE si dicha Directiva exige al empresario que adopte medidas especiales para cubrir la ausencia laboral derivada de las bajas por enfermedad relacionados con el embarazo.
- 4) Si está comprendido en el artículo 141 TCE y en la Directiva 75/117/CEE un régimen de baja por enfermedad que ofrece el mismo trato a las trabajadoras aquejadas de una enfermedad relacionada con el embarazo con el resto de situaciones patológicas que padezcan los trabajadores.
- 5) En caso de que la cuestión anterior se respondiese afirmativamente, se pregunta si infringe el artículo 141 TCE y la Directiva 75/117/CEE el hecho de que un empresario reduzca la retribución de una mujer tras haber causado baja laboral si

la ausencia se debe a una incapacidad derivada de una enfermedad relacionada con el embarazo, en circunstancias en las que la misma reducción se aplicaría a una mujer no embarazada o a un hombre que hubiera causado baja por una enfermedad patológica no vinculada a la gestación.

2. Fundamentos de Derecho y solución de la cuestión prejudicial.

En esencia las cuestiones que se plantean por el Tribunal irlandés pueden sintetizarse en tres:

- a) Si en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE o en el artículo 141 TCE y la Directiva 75/117 está comprendido un régimen de baja por enfermedad que trata de igual manera las enfermedades derivadas del embarazo con el resto de patologías que puedan padecer los trabajadores.
- b) Si constituyen discriminaciones por razón de sexo un régimen de bajas laborales como el ahora discutido en el que al asimilarse el tratamiento jurídico de las enfermedades derivadas de la gestación con las puramente patológicas termina perjudicando a la trabajadora embarazada tanto en las retribuciones a percibir como en el futuro derecho a que se le reconozcan nuevas prestaciones.

Sin lugar a dudas la cuestión más compleja que debe responder comunitario era la relativa a si un régimen jurídico de protección por enfermedad como el discutido en el que se supedita el mantenimiento íntegro de la retribución del trabajador a una duración máxima anual y, en caso de excederla, prevé que la retribución se reduzca, constituye una discriminación al penalizar los periodos de baja por enfermedades vinculadas a la maternidad.

El TJCE realiza un repaso a la protección de la maternidad en el estado actual del Derecho comunitario. Así recuerda que, de conformidad con la jurisprudencia precedente, puede deducirse lo siguiente:

1. En primer lugar, el derecho comunitario garantiza una protección específica frente al despido hasta el final del permiso de maternidad. En este sentido, el derecho comunitario prohíbe el despido de la trabajadora, bien durante el permiso de maternidad, bien antes de dicho permiso, por motivos relacionados con su embarazo o con una enfermedad ligada al embarazo. En este sentido, a propósito de la hipótesis del despido de la trabajadora motivado por una enfermedad ligada al embarazo previa al ejercicio del permiso de maternidad, recuerda el TJCE que su Sentencia de 30 de septiembre de 1998 (Asunto C-394/96, Brown) reconoce que los trastornos y

complicaciones durante el embarazo, que pueden implicar una incapacidad laboral, constituyen riesgos inherentes al embarazo y, por tanto, comparten su carácter y no el de un estado patológico común. Así pues, el despido como consecuencia de las ausencias derivadas de las complicaciones durante el embarazo solo puede afectar a las mujeres y, por tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo.

Sin embargo, cuando se trata de una enfermedad que aparece tras el permiso de maternidad, el TJCE ha considerado que no procede distinguir entre la enfermedad que deriva del embarazo o del parto de cualquier otra patología; debiéndose aplicar el régimen general en caso de enfermedad. Así pues, en la Sentencia 8 de noviembre de 1990 (Asunto C-179/88, Handels-og Kontorfuctionaerernes Forbund) se señala que no se opone al Derecho Comunitario el despido que es consecuencia del proceso patológico derivado del embarazo o del parto que aparezca una vez terminado el permiso de maternidad.

2. En segundo lugar, respecto de la protección económica de las mujeres que disfrutan de un permiso de maternidad, el TJCE ha sostenido que no es contrario al Derecho Comunitario que durante el permiso de maternidad la mujer deba soportar la reducción de su retribución (Sentencia de 13 de febrero de 1996, Asunto C-342/93, Gillespie y otros). Entiende el Tribunal que la protección de las mujeres que disfrutan del permiso de maternidad no puede asimilarse a la del hombre que ocupa efectivamente su puesto de trabajo. Asimismo se ha señalado por parte del TJCE que ni el artículo 141 del Tratado ni la Directiva 75/117/CEE imponen la obligación de mantener la retribución íntegra de los trabajadores durante su permiso de maternidad, precisando, sin embargo, que la prestación que se abone a los trabajadores no puede quedar reducida hasta el punto en que se ponga en peligro el permiso de maternidad.

A la vista de la doctrina precedente, de conformidad con la cual el embarazo no es asimilable a un estado patológico y que las complicaciones que aparecen durante el embarazo constituyen riesgos inherentes al mismo y comparten su especificidad, el TJCE aborda la compatibilidad del régimen de protección por enfermedad controvertido con el Derecho Comunitario.

En relación con el mantenimiento del derecho a la retribución íntegra durante las bajas laborales a consecuencia de enfermedades ligadas al embarazo, el TJCE sostiene que de la especificidad de las enfermedades ligadas al embarazo no se desprende que la trabajadora en dicha situación tenga derecho al mantenimiento íntegro de su retribución cuando otro trabajador por una patología no vinculada a la gestación no disfruta del tal derecho. Señala expresamente el Tribunal que el mantenimiento íntegro de la retribución “no es el único medio de tener en cuenta la especificidad de una enfermedad

ligada al embarazo. En efecto, no se excluye tener en cuenta esta especificidad en el marco de un régimen que, en caso de baja de una trabajadora por una enfermedad ligada al embarazo, prevea una reducción de la retribución” (apartado 58 de la Sentencia).

En consecuencia, se concluye que si una regla que establece una reducción de las prestaciones abonadas a una trabajadora durante el permiso de maternidad no constituye una discriminación por razón de sexo “tampoco puede considerarse que lo constituya una regla que establezca una reducción de las prestaciones abonadas a una trabajadora durante su embarazo por una enfermedad ligada a éste” (apartado 60).

Así pues, termina afirmándose que no se opone al principio de igualdad de género que una trabajadora deba soportar una reducción de su retribución, a condición de que, por un lado reciba el mismo trato que un trabajador de baja por enfermedad y que, por otro, el importe de las prestaciones abonadas no quede reducido a tal punto que ponga en peligro la protección de las trabajadoras embarazadas.

Respecto de la imputación de las ausencias por enfermedad derivada del embarazo a un número total máximo de días de baja por enfermedad retribuidos al que tiene derecho el trabajador en un periodo determinado, es claro no tiene en cuenta la especificidad del embarazo. En opinión del TJCE, “la exclusión en todos los casos, de la imputación de los días de baja derivados de la no se conciliaría con la posibilidad de una reducción de la retribución durante el embarazo”. Asimismo, señala el órgano comunitario que la referida exclusión general sería difícilmente compatible con su propia jurisprudencia según la cual, tras el permiso de maternidad, cualquier enfermedad que tenga su origen en el embarazo o en el parto se aplica el régimen general para el caso de enfermedad” (apartado 66).

No obstante lo anterior, el Tribunal precisa que “la imputación de las ausencias durante el embarazo por una enfermedad ligada a éste a un número total máximo de días de baja por enfermedad retribuidos al que tiene derecho un trabajador en un periodo determinado no puede tener por efecto que, durante la baja incluida en esta imputación después del permiso de maternidad, la trabajadora perciba prestaciones inferiores al importe mínimo al que tenía derecho en el período de enfermedad simultáneo al embarazo” (apartado 67). O lo que es lo mismo, que la imputación de las ausencias ligadas al embarazo a los días de baja no podrá tener por efecto que la trabajadora quede desprotegida si una vez finalizado el permiso de maternidad continúa de baja como consecuencia de una enfermedad derivada del embarazo o del parto.

En definitiva, no constituyen discriminaciones por razón de sexo, en primer lugar, la regla de un régimen de baja por enfermedad que prevea, tanto para las trabajadoras de

baja antes del permiso de maternidad por cualquier enfermedad, una reducción de la retribución a partir de los 183 días, siempre que la trabajadora reciba el mismo trato que un trabajador de baja. En segundo lugar, la regla de un régimen de baja por enfermedad que prevea la imputación de las ausencias por enfermedad a un número total máximo de días de baja retribuidos al que tiene derecho el trabajador en un periodo determinado a condición de que la imputación de las bajas derivadas de las complicaciones durante el embarazo siempre que no tenga por efecto que, una vez concluida el permiso de maternidad, la trabajadora perciba prestaciones inferiores al importe mínimo al que tenía derecho en el período de enfermedad simultáneo al embarazo.

3. Valoración

Como ha quedado expuesto buena parte del argumentario del TJCE sobre el que se justifica la compatibilidad del régimen de bajas laborales controvertido con el principio de igualdad retributiva se construye, por un lado, sobre la inexistencia en el Derecho comunitario de principio o norma alguna que imponga el mantenimiento de la retribución a las trabajadoras durante el permiso de maternidad. Y por otro, tal y recuerda el propio TJCE al repasar su propia jurisprudencia en la sentencia ahora comentada, sobre la asimilación entre las patologías del embarazo con las patologías comunes con la finalidad de asegurar el mismo tratamiento a ambos tipos de dolencias y de eliminar las discriminaciones en el tratamiento de las bajas derivadas del embarazo.

Sin embargo, nótese que, a diferencia de los supuestos anteriores, en la sentencia ahora comentada la compatibilidad con el principio de igualdad se presenta precisamente desde la perspectiva opuesta a la que se había venido planteando hasta el momento. Como se ha visto, en el régimen de bajas controvertido es precisamente la asimilación de las patologías comunes con las derivadas específicamente del embarazo o del parto el que implica una eventual desventaja para las trabajadoras embarazadas. A pesar de ello, el TJCE aborda la situación desde la lógica estrictamente formal de la necesaria asimilación de la protección de las patologías comunes con las derivadas de la gestación o embarazo. Asimilación que descontextualizada de sus efectos en la cuestión prejudicial planteada, termina arrojando un resultado extraño con la garantía material del principio de igualdad.

Abordando más en detalle la posición mantenida por el Tribunal, de entrada debe advertirse que no parece que pueda asimilarse la situación derivada del permiso de maternidad con el régimen objeto de debate en el que se discutía si el sistema de protección de las bajas de enfermedad penalizaban a las trabajadoras que pudieran quedar embarazadas frente al resto de trabajadores. Es más, no se alcanza a comprender cómo la protección de la maternidad en el Derecho comunitario alegada por el TJCE

puede justificar que se apliquen medidas desfavorables basadas en el embarazo antes del inicio del permiso de maternidad.

Por otra parte, es cierto que, como subraya el Tribunal, la aplicación de las disposiciones discutidas garantizan a las trabajadoras que padecen una incapacidad laboral debida a un estado patológico relacionado con el embarazo el mantenimiento total o parcial de su retribución durante un tiempo determinado. Ahora bien, ello no impide afirmar que el régimen de bajas en el régimen controvertido por enfermedad perjudica a las trabajadoras, que sufren una desventaja basada específicamente en su embarazo.

Efectivamente, si bien, en línea de principio, puede compartirse la posición mantenida por el TJCE y afirmar que el principio de igualdad no tiene porqué significar el tratamiento diferenciado entre las patologías derivadas del embarazo con las comunes, también lo es que la estructura del régimen controvertido termina situando a la mujer embarazada en una situación de menor protección respecto del resto de trabajadores. Y en este sentido, parece evidente que el TJCE no toma en consideración, un elemento que resulta esencial como es que la imputación del número de días de baja derivados de las complicaciones del embarazo a los efectos del régimen de bajas termina perjudicando a las trabajadoras embarazadas.

En primer lugar, porque la asimilación de la incapacidad indebida a un estado patológico derivado del embarazo al resto de patologías supone la deducción de días de cobertura, por lo que es posible que la trabajadora que en los siguientes años padezca otros procesos patológicos comunes vea reducida la cuantía y duración de su protección. Idéntico resultado tendrá para la trabajadora que el periodo de cuatro años necesario para gozar de un año de cobertura tenga otro embarazo acompañado un proceso patológico que le impida trabajar, dado que es posible que en tal caso tenga derecho a una cobertura económica menor o, en el peor de los casos, no pueda disfrutar de cobertura. O en idéntico sentido para los supuestos en los que la trabajadora padezca alguna patología del embarazo y previamente hubiera ya agotado totalmente, o en su práctica totalidad.

En segundo lugar, porque la imputación de los días de baja por enfermedades derivadas de la maternidad supone penalizar a las trabajadoras embarazadas que en caso de padecer una patología común verán reducido el período durante el cual se les asegura el mantenimiento de la retribución íntegra. Así pues, de hallarse incapacitadas para trabajar a causa de una enfermedad común gozarán de una indemnización que se concede al resto de trabajadores para el mismo supuesto.

A la vista de lo antedicho, y dado que la desventaja solamente afectará a las mujeres, parece lógico pensar que debería haberse concluido que el régimen de bajas por enfermedad conculcaba principio de igualdad.

A pesar de ello, la posición del TJCE, tal y como se apuntó más arriba, se ciñe a asegurar la igualdad formal obviando que la igualdad material es la finalidad última que pretenden garantizar las normas comunitarias. Igualdad material que, como ha quedado dicho, no queda asegurada en la posición mantenida por el órgano comunitario. En este sentido, creemos que en la sentencia ahora comentada se realiza una lectura descontextualizada de la jurisprudencia comunitaria. El propio TJCE (Sentencias de 30 de septiembre de 1998, Asunto C-394/96, Brown; de 19 de noviembre de 1998, Asunto C-66/96, Hoj Pedersen y otros) ha sostenido que cualquier desventaja derivada de las ausencias ocasionadas por el embarazo debe atribuirse únicamente a la gestación y, por ello, discriminatorias. Pues bien, en nuestra opinión una adecuada interpretación de dicha jurisprudencia no puede significar como pretende el TJCE una mera asimilación de situaciones entre patologías comunes y patologías derivadas del embarazo o del parto. Bien al contrario, la jurisprudencia precedente en el contexto del asunto tratado en la sentencia que comentamos debería haber implicado tomar en consideración las consecuencias prácticas de las disposiciones del régimen de bajas por enfermedad discutido.

En definitiva, el tratamiento diferenciado de las bajas derivadas de la enfermedad ligada al embarazo o al parto no significará, como parece desprenderse de la resolución judicial, otorgar a las trabajadoras un trato más favorable del que disfrutaban cualquier los trabajadores frente a procesos patológicos comunes. Todo lo contrario. Como venimos indicando, la toma en consideración de las desventajas del régimen de bajas controvertido para las trabajadoras es la más ajustada al objetivo perseguido por la normativa y jurisprudencia comunitaria que no es otro que el de evitar, en la medida de lo posible, que las mujeres que trabajan por cuenta ajena se vean abocadas a renunciar a la maternidad a su vida privada para desarrollar su actividad laboral.