



## PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Universidad de Huelva

### IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES: CONCEPTO DE TRABAJADORA EMBARAZADA

*STJCE de 26 de febrero de 2008, asunto C-506/06*

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La decisión prejudicial que se plantea en este supuesto tiene por objeto la interpretación de 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 se encuentre en periodo de lactancia, concretamente su artículo 2. a) referido al concepto de «trabajadora embarazada».

Dicha cuestión se plantea en un conflicto surgido entre la señora Sabine Mayr y la empresa Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG a raíz del despido de la demandante por parte de este empresario austriaco, estando la misma sometida a un proceso de fecundación *in vitro*.

**RESUMEN:** De las declaraciones del Tribunal de Justicia europeo se extrae la idea de la asimilación de las situaciones de fecundación natural, fecundación *in utero* y fecundación *in vitro*, existiendo en todos estos supuestos una protección de la trabajadora frente al despido del empresario y con independencia de si se comunicó o no el estado de embarazo antes de la anidación o transmisión del óvulo fecundado al útero.

Este Tribunal realiza una argumentación bastante estratégica sobre el contenido de 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 se encuentre en periodo de lactancia y de la Directiva 76/207/CEE del

\* Prof. Colaboradora de Derecho del Trabajo y S.S. Departamento Anton Menger.



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, para llegar a la conclusión anterior y no por la vía de la protección de la salud de la madre o del feto sino del respeto al principio de igualdad de trato, ya que sólo las mujeres pueden encontrarse en las situaciones citadas.

### ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO DEL CASO CONCRETO
2. IDEAS CLAVES PARA RESOLVER EL CONFLICTO
3. VALORACIÓN FINAL

## 1. PLANTEAMIENTO DEL CASO CONCRETO

La Sra. Mayr trabajaba como camarera para Flöcker desde el día 3 de enero de 2005. El día 8 de marzo de 2005 a la interesada se le practica una punción folicular como parte del proceso de fecundación *in vitro* al que estaba sometida y tras un tratamiento hormonal. Como consecuencia de ello y previa recomendación médica, la interesada estuvo de baja entre el 8 y el 13 de marzo de 2005.

En ese intervalo de tiempo, concretamente el día 10 de marzo de 2005, la empresa comunica a la Sra. Mayr que queda despedida con efectos de 26 de marzo de 2005, sin alegar ninguna causa objetiva para ello.

Ese mismo día 10 de marzo, la interesada comunica por escrito al empresario que en el marco de un tratamiento de fecundación *in vitro*, la transferencia de los óvulos fecundados a su útero se produciría el día 13 de marzo de 2005. Esto se realizó con el objeto de que comenzara a funcionar la garantía prevista en el Derecho Comunitario de protección de las mujeres embarazadas desde la fecha de comunicación al empresario de dicha circunstancia.

La cuestión que se plantea aquí es si puede considerarse que la Sra. Mayr estaba o no embarazada en la fecha de dicha comunicación al empresario. En dicha fecha (10 de marzo de 2005) consta en autos que los óvulos ya habían sido extraídos a la interesada y fecundados por los espermatozoides de su pareja y, por tanto, ya existían óvulos fecundados *in vitro* aunque todavía no transmitidos a la interesada.

Según la normativa nacional austriaca de protección de la maternidad «las trabajadoras no pueden ser legalmente despedidas durante el embarazo ni en los cuatro meses siguientes al parto, salvo si el empresario no hubiese



sido informado del embarazo o del parto. El despido también será ilegal cuando el empresario sea informado del embarazo o del parto en el plazo de cinco días laborales siguientes desde el anuncio del despido o de su notificación en caso de despido por escrito».

Continúa esta normativa señalando que el «anuncio escrito de embarazo o del parto se considera efectuado en tiempo útil cuando se entregue al servicio postal dentro del plazo de cinco días. Si la trabajadora invoca su embarazo o su parto dentro del plazo de cinco días, debe al mismo tiempo acreditar el embarazo o la presunción de embarazo mediante un certificado médico, o presentar el certificado de nacimiento del hijo [...]»<sup>1</sup>.

Esta normativa se entiende aprobada a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 92/85, según el cual «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentren en periodo de lactancia, durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad». En caso de que se produzca el despido, señala la mencionada Directiva, que el empresario deberá dar motivos justificados por escrito. Si dicho precepto fuera vulnerado el despido se considerará ilegal.

Precisamente por esto último es por lo que la interesada reclama a la empresa el pago de su salario y de la parte proporcional de su retribución anual, alegando la nulidad del despido producido el día 10 de marzo de 2005, ya que desde el día 8 de marzo, fecha en la que se realizó la fecundación *in vitro* de sus óvulos, se encontraba amparada por la protección legal prevista en el Derecho Comunitario y en la propia normativa nacional.

La empresa rechaza esta reclamación por considerar que en la fecha del despido, 10 de marzo de 2005, aún no había embarazo.

El órgano judicial que conoció en primera instancia del asunto estimó la demanda de la Sra Mayr porque a tenor de la normativa nacional de protección de la maternidad y de reiterada jurisprudencial también nacional, la protección contra el despido comienza con la fecundación del óvulo. Esta fecundación se considera el punto de partida del embarazo y lo mismo debe aplicarse en el caso de una fecundación *in vitro*.

Sin embargo, el Tribunal de apelación en materia laboral y social anuló esta sentencia y desestimó la demanda de la interesada por considerar que independientemente de la determinación del momento del embarazo a partir del cual se producen cambios hormonales, «la gestación no puede con-

<sup>1</sup> Sobre este aspecto la Comisión europea ha considerado que las diferencias que puedan llegar a existir en las definiciones nacionales sobre el concepto de trabajadora embarazada, pueden dar lugar a amplias divergencias entre los Estados miembros, ya que los plazos, formas, etc., de comunicación van a ser diferentes.



siderarse fuera del cuerpo de la mujer y, por consiguiente, en el caso de una fecundación *in vitro*, el embarazo sólo comienza con la transferencia del óvulo fecundado al cuerpo de la mujer. Únicamente a partir de esa transferencia comienza la protección de la mujer embarazada contra la resolución del contrato de trabajo».

Dicha sentencia se recurre en casación ante el órgano competente (Oberster Gerichtshof) que considera que la protección frente al despido sólo es aplicable si, en el momento del despido, ha comenzado realmente el embarazo. Sigue diciendo este Tribunal que la finalidad de esa protección frente al despido es preservar la salud de la madre y del hijo en interés de éstos, garantizando además la subsistencia económica de la madre. La necesidad de protección durante el periodo «en que se modifica el estado de la mujer existe con independencia de que ya se haya producido o no la implantación del óvulo fecundado en la mucosa uterina (anidación)».

Señala este último Tribunal que hasta el momento los casos que habían resuelto en esta materia se referían a supuestos de concepción *in utero* y por eso se consideraba que la implantación del óvulo «es únicamente una etapa del embarazo que comienza con la concepción, según opinión científica predominante y no puede elegirse arbitrariamente como momento de inicio del embarazo a efectos de la protección contra el despido». ¿Pero qué ocurre en los casos de fecundación *in vitro*?

Al entender que la respuesta a esta última cuestión afecta al Derecho comunitario es por lo que se plantea la cuestión prejudicial realizando una pregunta concreta:

«¿Una trabajadora que se somete a una operación de fertilización *in vitro* es una trabajadora embarazada a los efectos del artículo 2 a) de la Directiva 92/85 si en el momento en que se le notifica el despido sus óvulos ya habían sido fecundados con los espermatozoides de su pareja, de manera que ya existían embriones *in vitro*, pero éstos aún no habían sido transferidos a su cuerpo?

Varias son pues las cuestiones que esta pregunta entraña, como por ejemplo cuál es el concepto real de mujer embarazada para el derecho comunitario, cuál es el efecto de la notificación por la mujer al empresario de su estado de embarazo, deben ser tratados de la misma manera los supuestos de fecundación natural, *in utero* e *in vitro*.

## 2. IDEAS CLAVES PARA RESOLVER EL CONFLICTO

A tenor de lo señalado en el epígrafe anterior parece que la comunicación del estado de embarazo al empresario se convierte en un requisito *sine*



*qua non* para que se ponga en marcha el sistema de protección de la maternidad y por extensión de la mujer durante el período de embarazo. Esto plantea la duda de qué ocurre cuando es evidente que la mujer está embarazada pero no lo ha comunicado formalmente al empresario, ¿queda excluida del ámbito de protección de la Directiva, aunque en la práctica ese empresario tenga constancia del embarazo?

Además la obligación de la mujer trabajadora de informar a la empresa según el procedimiento propio de cada país no sólo produce diferencias de trato de un país a otro, sino que podría limitar sustancialmente la protección ofrecida por la Directiva comunitaria<sup>2</sup>.

Esta limitación que acabamos de comentar también puede ser objeto de una interpretación más positiva, es decir, lo que se pretende con esta obligación de comunicación es proteger no sólo la salud de la mujer embarazada sino también su empleo<sup>3</sup>, ya que esa comunicación hace que se ponga en marcha el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba debiendo el empresario, en caso de despido<sup>4</sup>, de no contratación o de no renovación, justificar que su comportamiento se debe a hechos no relacionados con el estado de la mujer, debiendo alegar por tanto otra causa que sea justa y objetiva.

El Tribunal de Justicia europeo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este aspecto en varias ocasiones<sup>5</sup>. De esta jurisprudencia se extrae la

<sup>2</sup> En este sentido puede consultarse CAVAS MARTÍNEZ, F. «Maternidad y salud laboral: Comentario a la Directiva 92/85/CE de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia». *Noticias de la Unión Europea*, núm. 127/128 de 1994. GARRIGUES JIMÉNEZ, A. *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social*. Colección de Estudios del CES, Madrid, 2004, pág. 56 y ss.

<sup>3</sup> Además de la salud de los recién nacidos, aspecto discutible si se tiene en cuenta que la base legal para la aprobación ha sido el artículo 118 A del Tratado, en su versión originaria y este precepto no protege este bien jurídico. Así lo ha puesto de manifiesto SZYSZCZAK, E. «La significación y alcance de la directiva sobre protección de la maternidad», Traducido por Carmen Romero en la obra colectiva CRUZ VILLALÓN, J. (coordinación) *La Igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1997. pág. 238.

<sup>4</sup> Aunque como señala algún autor esta protección frente al despido ya estuviera contemplada en la Directiva 76/207, siendo frecuente «que ambas directivas combinen sus efectos en los asuntos que sobre el tema se presentan ante el Tribunal de Justicia». ARCE, J.C. *El trabajo de las mujeres en el Derecho Comunitario*. Tirant lo Blanch. Valencia 1999. pág. 82.

<sup>5</sup> A modo de ejemplo, pueden destacarse otras sentencias: la STJCE de 27 de febrero de 2003, asunto C-320/01, WEBKE BUSCH y KLINILUM NEUSTADT GMBH & CO. BETRIEBS.KG. En este supuesto una mujer que trabajaba para esta clínica solicita la reincorporación a su puesto de trabajo estando disfrutando del permiso de maternidad y de las prestaciones económicas por crianza de hijo, el motivo parece ser que ante su nuevo embarazo pre-



conclusión de que la mujer que acceda o ya esté en un puesto de trabajo puede no comunicar, al menos inicialmente, su estado de embarazo al empresario con el fin de evitar la pérdida de su empleo, y en el caso de que lo haga el empresario no puede dejar de seleccionar o mantener en el trabajo a la trabajadora basándose en dicho estado.

Por tanto, aun dudando de la obligatoriedad de tal comunicación al empresario, en este caso concreto que estudiamos debemos decir que la misma se produce aunque en una fecha en la cual ya se había comunicado verbalmente el despido, lo cual también incumple la normativa nacional que estamos analizando.

Otra cuestión o idea importante a tener en cuenta en este caso —insistimos en el que se comunica el embarazo— es a partir de cuándo se entiende existente este embarazo, bien desde que los óvulos fecundados se encuentran en el cuerpo de la mujer o bien antes de dicha anidación. En la sentencia que comentamos se señala que según la Comisión Europea la fecundación *in vitro* comprende varias etapas, tales como, «la estimulación hormonal de los ovarios de la mujer, con objeto de producir la maduración de varios óvulos al mismo tiempo, la punción folicular, la extracción del óvulo, la fecundación de un óvulo con espermatozoides previamente tratados, la transferencia del óvulo fecundado o de los óvulos fecundados al útero, entre el tercer y el quinto día siguientes a la extracción de los óvulos, salvo en caso de que los óvulos fecundados se congelen para conservarlos, y finalmente la anidación».

Si esto es así ¿cuál debe ser la respuesta del Tribunal de Justicia Europeo? Este Tribunal respondiendo a la concreta pregunta que le formula el órgano judicial nacional señala varios argumentos:

- a) A tenor del artículo 10 de la Directiva 92/85 y su objeto principal que no es otro que promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz

---

tendría estar ocupada activamente en el momento del nacimiento de su hijo, para que se le reconociera el llamado subsidio de maternidad más sus complementos lo que permitían incrementar la cantidad finalmente recibida. Tras su solicitud de reincorporación aceptada por el empresario, la interesada se incorpora con siete meses de embarazo a realizar tareas sin que comunique al empresario su estado. Estas tareas, en principio, eran incompatibles con su estado, al necesitar de esfuerzos físicos, razón por la cual la empresa revoca su decisión de aceptar su solicitud de reincorporación. En primer lugar, se señala que, si el empresario toma en cuenta el embarazo de una trabajadora para negarle la reincorporación a su puesto de trabajo antes de finalizar el permiso parental para crianza, se produce una discriminación directa por razón de sexo (véanse, a propósito de una negativa de contratación, las sentencias Dekker y Mahlburg, y a causa de un despido, las sentencias Webb y Tele Danmark).



o se encuentre en periodo de lactancia, se desprende que para que pueda acogerse a la protección contra el despido que establece esta disposición, el embarazo de que se trate debe haber comenzado.

- b) El Tribunal de Justicia no ha de abordar a consecuencia de la presente remisión judicial, cuestiones de naturaleza médica o ética, sino que debe limitarse a una interpretación jurídica de las disposiciones pertinentes de la Directiva 92/85, la cual pretende evitar que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su embarazo pueda tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física o psíquica de la trabajadora embarazada.
- c) Partiendo de la aclaración anterior la fecha que debe tenerse en cuenta para garantizar la seguridad y la protección de las trabajadoras embarazadas es la fecha más precoz posible de la existencia de un embarazo. No obstante, en el caso de fecundación *in vitro* esta fecha debe entenderse referida al momento en el cual se produce la transferencia de los óvulos fecundados al útero de la mujer, por razones de seguridad jurídica, ya que antes de ser transferidos al útero dichos óvulos y, según el ordenamiento jurídico de determinados Estados miembros, los mismos pueden conservarse durante un plazo más o menos largo. Concretamente, en el caso de la normativa nacional considerada en el asunto principal, la posibilidad de conservar dichos óvulos fecundados se extiende hasta un periodo máximo de diez años.

Por tanto, si se aplica la protección de la Directiva 92/85 antes de la transferencia de los óvulos fecundados, esto podría tener el efecto de conceder este beneficio aun cuando esta transferencia se retrasara por cualquier razón durante varios años o incluso se renunciara definitivamente a ella, al efectuarse la fecundación *in vitro* como mera medida de precaución frente al despido o la no renovación del contrato del trabajo. En este caso el Tribunal se está refiriendo al abuso por parte de las trabajadoras en la utilización de la norma protectora de la maternidad más allá de los fines para los cuales ha sido diseñada.

A tenor de estos argumentos parece que la respuesta a la solicitud de la Sra Mayr debe ser negativa, ya que la seguridad jurídica, la posibilidad de abuso de la mencionada garantía legal y la mala fe de la mujer pueden producir efectos negativos en el mercado de trabajo.

Hasta aquí una argumentación exhaustiva y que parecía dejar claro el asunto suscitado con esta sentencia, sin embargo señala el Tribunal de Justicia Europeo que aunque no sea aplicable la Directiva 92/85, en virtud de reiterada jurisprudencia del mismo, éste puede tomar en consideración normas de Derecho comunitario a las que el órgano jurisdiccional remitente no



haya hecho referencia en el enunciado de su cuestión <sup>6</sup>. Y esto es lo que ha ocurrido en el presente caso al recurrir a 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.

El artículo 2 de esta Directiva del año 1976 precisa que «el principio de igualdad de trato [...] supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente [...]». El artículo 5.1 de esta misma norma comunitaria señala que «la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo». Por ello declara el Tribunal de Justicia Europeo que en la medida en que el embarazo y la maternidad sólo pueden afectar a las mujeres, se les debe otorgar una protección especial contra el despido en estas circunstancias, ya que en caso contrario podría ocasionarse una discriminación directa de las mujeres.

Por ello sigue diciendo el Tribunal Europeo que es el órgano judicial nacional el que debe analizar las razones por las cuales la Sra Mayr fue despedida, ya que el empresario no alegó ninguna causa concreta para dicho acto, además debe comprobar si el despido se produjo sólo por el hecho de que la trabajadora se estaba sometiendo a un tratamiento de fecundación *in vitro*. Una vez comprobado esto, el Tribunal nacional debe analizar si esta razón se aplica indistintamente a los trabajadores de ambos sexos o, por el contrario, se aplica exclusivamente a uno de ellos. Si este último es el caso del asunto principal, ya que los hombres no pueden someterse a un tratamiento de fecundación *in vitro*, estamos pues ante un supuesto de discriminación directa basada en el sexo.

En consecuencia es la Directiva 76/207/CEE, concretamente sus artículos 2 y 5, los que se oponen al despido de la trabajadora que se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación de este tipo y aunque no se haya producido aun la transferencia de los óvulos fecundados.

### 3. VALORACIÓN FINAL

Como conclusiones de este supuesto analizado podemos destacar varias. En primer lugar, parece que si el empresario no puede tomar en consi-

<sup>6</sup> STJCE de 12 de diciembre de 1990, asunto C-241/89, SARPP, y STJCE de 26 de abril de 2007, asunto C-392/05, ALEVIZOS.





deración el embarazo de la trabajadora para la aplicación de las condiciones de trabajo de ésta, para contratarla o no, para mantenerla o no en el puesto de trabajo, la interesada no tendría que estar obligada a informar al empleador de que está encinta, y ello porque el perjuicio económico padecido por el empresario en relación con el estado de la trabajadora no puede en ningún caso justificar una discriminación por razón de sexo, y tampoco podría el empresario invocar un error sobre el embarazo de la interesada que, supuestamente, haya viciado su consentimiento. Conforme a este planteamiento por tanto podría ser irrelevante la comunicación del embarazo al empresario.

En segundo lugar, los supuestos de fecundación *in vitro* son tratados a efectos de la protección frente al despido o la no renovación de un contrato de trabajo igual que cualquier otro supuesto de embarazo de la trabajadora, ya que sólo las mujeres pueden someterse a este tipo de tratamientos y, por tanto, de no ser esta la respuesta podrían producirse discriminaciones directas de las mujeres trabajadoras no basadas en criterios objetivos y proporcionados al fin perseguido. También resulta cierto que este tipo de pronunciamientos judiciales van a generar un precedente judicial, en el sentido de ampliar de forma significativa el periodo durante el cual la mujer está protegida por el simple hecho de ser mujer y de ser ella la que puede quedar embarazada. Esto sin duda va a tener repercusiones en los niveles y porcentajes de empleo de mujeres y hombres en los próximos años, ya que se va a seguir incrementando la brecha laboral existente entre unos y otras.

Finalmente y como tercera conclusión señalar que el Tribunal de Justicia Europeo puede ampliar, cuando así lo estime necesario, el contenido de las cuestiones prejudiciales que se le planteen en relación con una norma comunitaria concreta por el simple hecho de considerar aplicable otras normas europeas. Por tanto, se amplía el sistema de protección judicial que brinda este órgano judicial a todos los ciudadanos europeos, lo cual sin duda ayuda a la comprensión y aplicación de esta parte del ordenamiento jurídico. Es decir, se protege a los ciudadanos europeos más allá de las propias consultas judiciales de los Tribunales nacionales.

