

IGUALDAD DE TRATO, VACACIONES Y MATERNIDAD

Comentario a la Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004 resolviendo las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid.

LUCIA RUANO RODRIGUEZ (MAGISTRADA JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 2 DE DONOSTIA-SAN SEBASTIAN)

El 3 de septiembre de 2001 el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid dictó un auto en el que acordaba, conforme al artículo 234 del Tratado CE, plantear dos cuestiones prejudiciales ante el TJCE. La sentencia de 18-3-2004 ha dado respuesta a las dos cuestiones y, con ello, ofrece solución a un asunto del que, desde hace años, conocen los juzgados y tribunales del orden social, como es el de la compatibilidad de las vacaciones anuales con el permiso por maternidad cuando su disfrute coincide en todo o en parte de los respectivos periodos de tiempo.

El juez nacional planteó las dos cuestiones ante el TJCE desde la duda que le suscitaba un acuerdo de empresa que establecía un periodo de disfrute de las vacaciones anuales para todo el personal que no contemplaba la especial situación de las trabajadoras embarazadas, con lo que permitía el solapamiento del descanso por maternidad y las vacaciones e impedía el doble derecho a descanso maternal y vacaciones, tal como la trabajadora demandante pretendía. Para el juez nacional ese acuerdo era contrario a la normativa comunitaria garantizadora del principio de igualdad de trato y no discriminación.

Fueron dos las cuestiones que a partir de esta contrariedad se plantearon al TJCE por el auto del juez español y se formulaban en los siguientes términos:

1) Cuándo unos acuerdos colectivos establecidos entre la empresa y los representantes de los trabajadores fijan las fechas de disfrute de vacaciones para la totalidad de la plantilla y esas fechas resultan coincidentes con las de baja maternal de una trabajadora, ¿ el art. 7.1 de la Directiva 93/104, el art. 11.2.a) de la Directiva 92/85 y el art. 5.1 de la Directiva 76/207, garantizan el derecho de esta trabajadora a disfrutar sus vacaciones anuales en período distinto del pactado y no coincidente con el de su baja maternal?

2) De responderse positivamente a la pregunta anterior, ¿el contenido material del derecho al disfrute de vacaciones anuales, comprende exclusivamente las cuatro semanas de descanso que se contemplan en el art. 7.1 de la Directiva 93/104, o se extiende a los 30 días naturales establecidos por la legislación nacional en el art.38.1 del Real Decreto Legislativo 1/95 Estatuto de los Trabajadores?"

La primera de las cuestiones ha sido resuelta conforme a la tesis del auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, al declarar el TJCE en la sentencia de 18 de marzo de 2004, que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo; así como el artículo 11, apartado 2, letra a), 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 en período de lactancia y el artículo 5, apartado 1, de 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 empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, han de interpretarse en el sentido de que *una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un*

período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de que coincida el período de permiso de maternidad y el que se hubiera fijado con carácter general para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla a través de un acuerdo colectivo.

A la segunda cuestión, implicada en la primera, contesta el TJCE declarando que el artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85 ha de interpretarse en el sentido de que *afecta también al derecho de la trabajadora a disfrutar las vacaciones anuales como derecho independiente del permiso por maternidad aunque las vacaciones sean más largas según la normativa nacional* que las vacaciones mínimas establecidas por la Directiva 93/104/CE.

Los antecedentes: vacaciones y permiso por maternidad en el Derecho laboral español

El alcance de esta sentencia del TJCE se comprende mejor cuando se parte de la premisa de que, a pesar de ser un asunto que con relativa frecuencia se suscita en el ámbito de las empresas y de que, con la misma relativa frecuencia, es objeto de demandas ante los juzgados de lo social, el legislador nacional no ha contemplado hasta la fecha el supuesto de hecho en ninguna de las diversas reformas que se han sucedido desde la inicial redacción en 1980 del Estatuto de los Trabajadores.

A esta circunstancia se añade que la ausencia de una precisa previsión legal sobre la coincidencia de las vacaciones y el permiso de maternidad, tampoco se suele suplir a través de la negociación colectiva, como corrobora el caso que da lugar a la cuestión prejudicial. Sí es relativamente habitual la presencia de cláusulas que regulan la coincidencia de las vacaciones con la incapacidad temporal, siendo ésta una previsión convencional que cuenta con cierta tradición en algún ámbito de la negociación colectiva. No debe sorprender la falta de la misma previsión ante la coincidencia del periodo anual de disfrute de las vacaciones con la maternidad o con otras situaciones como la de riesgo por embarazo de la que dan cuenta los estudios sobre los contenidos de la negociación colectiva cuando se analiza la evolución legislativa y jurisprudencial¹.

En el pasado tal falta de previsión legal, cuando era menor el peso de las mujeres en la actividad laboral, curiosamente se paliaba mejor que en la actualidad a través de la negociación colectiva anterior a 1995 porque el permiso de maternidad no se configuraba como un permiso sino como una situación equivalente o similar a la de incapacidad laboral transitoria, por accidente o enfermedad común o profesionales. Sin embargo y como se recordará a partir de la aprobación de Ley 42/1994 de 30 de diciembre el permiso de maternidad se regula de manera diferenciada y distinta de la hasta entonces situación de incapacidad laboral transitoria regulada en el artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social, que en la misma ley pasa a denominarse incapacidad temporal. Esta nueva configuración legal priva al permiso de maternidad de los beneficios de las previsiones de los convenios colectivos acerca de la eventual coincidencia entre las vacaciones y las situaciones de incapacidad temporal por las contingencias de enfermedad y accidente.

La falta de protección se consolida también por la incidencia de una doctrina jurisprudencial que aunque producida con relación a supuestos previos a la vigencia de la Ley 42/1994, supuso un freno a interpretaciones más acordes con las nuevas perspectivas que sobre la mujer trabajadora y la conciliación de la vida laboral y familiar se comenzaban a abrir paso en la legislación y la jurisprudencia. Exponente de esa doctrina que se manifestaba contraria a desvincular el permiso de maternidad de las vacaciones anuales fue la *STS 4ª 30 de*

¹ Informe 2/2003, *La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*, CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL, Colección Informes CES, Madrid, noviembre 2003, Pág.58.

noviembre 1995,(Ref. EDE: 1995/6672). El Tribunal Supremo en esta sentencia, interpretó que si bien, “el artículo 40,2 de la Constitución garantiza las vacaciones periódicas retribuidas, pero la determinación del concreto período para su disfrute se deja a la voluntad de las partes, pudiendo por ello la empresa y la representación de los trabajadores -como autoriza expresamente el artículo 38.2.b) del Estatuto de los Trabajadores- pactar su disfrute colectivo, fijando el período de vacaciones para todo el personal con suspensión total de actividades” (...), “fijado convencionalmente el período de disfrute colectivo no es factible fijar un nuevo señalamiento para personas determinadas que estuvieren de baja por I.L.T. a tenor de lo prevenido en el artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social de 1.974, aplicable al presente caso”. Y significativamente pese a que el artículo 126 de la LGSS todavía definía la maternidad como incapacidad laboral transitoria, la Sala 4ª del TS declaró que “para llegar a dicha conclusión no es necesario acudir al artículo 1105 del Código Civil -como hace la sentencia recurrida- considerando que las contingencias citadas son manifestaciones del caso fortuito regulado en el citado precepto, por lo que la persona que sufra un perjuicio por tales causas habrá de soportar las consecuencias dañosas derivadas del evento, puesto que es claro que las notas que lo configuran -suceso imprevisible o inevitable- concurren normalmente en los supuestos de enfermedad y accidente, pero no en el supuesto de maternidad. Lo decisivo a estos efectos es el respeto al pacto colectivo amparado expresamente por la Ley”. Por último el TS descarta que pudiera aducirse en apoyo de la pretensión de la trabajadora el Convenio núm. 132 de la O.I.T., ratificado por España porque “en su artículo 5.4 establece que el tiempo de enfermedad, accidente o maternidad y en general el de ausencia al trabajo por motivos independientes de la voluntad del trabajador será contado como parte del período de servicios a efectos de acumular el derecho a vacaciones y el artículo 6.2 dispone que el tiempo de enfermedad o accidente no computa como parte de las vacaciones”. También se opone a que la decisión de la empresa de no autorizar a la demandante el disfrute individualizado de las vacaciones entrañe una discriminación por razón del sexo prohibida por el artículo 14 de la Constitución porque la decisión se basaba en un pacto colectivo que afectaba a todo el personal de la empresa cualquiera que fuera su sexo. Por último, se afirmaba por el TS que “tampoco puede servir de apoyo a la pretensión de la actora el artículo 39 de la Constitución referente a la protección de la familia y concretamente de la madre puesto que este principio exige ser desarrollado por una Ley (artículo 53,3) y precisamente en el ámbito laboral el Estatuto de los Trabajadores le concede un permiso por lactancia (artículo 37,4), una excedencia por cuidado de hijos (artículo 46,3) y período de descanso de dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables a dieciocho por parto múltiple (artículo 48,4). Para el TS era claro que estos derechos no podían amparar del derecho que pretendía la trabajadora respecto a las vacaciones.

¿Ante esta situación, cómo se ha venido resolviendo hasta la fecha el problema creado en los supuestos de hecho? Normalmente se han resuelto mediante acuerdo individual entre la empresa y la trabajadora afectada, siendo este acuerdo la práctica más común. En caso de desacuerdo la incidencia sobre las vacaciones de los permisos por maternidad termina en el proceso laboral, bien ordinario o especial de demanda de vacaciones del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral. En este sentido las circunstancias del caso que motiva la cuestión prejudicial se pueden considerar paradigmáticas de una situación bastante generalizada hasta la fecha, no remediada, como antes se señaló, ni siquiera por aquellas reformas legales que han tenido como finalidad promover la conciliación de la vida familiar y laboral así como transponer al derecho nacional aspectos concretos de las Directivas europeas, como es el caso de la Ley 39/1999 de 23 de noviembre de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral.

La Exposición de Motivos de esta última Ley hace una expresa referencia a la normativa comunitaria y en concreto a las Directivas del Consejo 92/85/CEE de 19 de octubre sobre la maternidad y la 96/34/CEE sobre el Acuerdo marco sobre el permiso parental y con rotundidad señala que “la presente ley completa la trasposición a la legislación española de las directrices

marcadas por la normativa internacional y comunitaria superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas”. Sin embargo, a pesar de las mejoras que en otros aspectos se debieron a esta ley, lo cierto es que la nueva redacción del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores sobre el permiso de maternidad-paternidad de dieciséis semanas con motivo de parto acogimiento o adopción, no contempla la posibilidad de suspender el permiso durante el periodo vacacional cuando la fecha de disfrute de las vacaciones anuales venga impuesta por estar prevista con antelación al inicio de la fecha del permiso por maternidad. La nueva ley no enmienda esta misma falta de previsión de anteriores reformas del Estatuto de los Trabajadores, como la amplia y profunda reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994 de 19 de mayo que, entre otros muchos preceptos modificó de manera importante el artículo 38 relativo a las vacaciones anuales. Curiosamente, este precepto, que como otros reformados en 1994 sigue el signo flexibilizador o desregulador que inspiró aquella reforma, ve desaparecer la preferencia que con anterioridad se otorgaba a los trabajadores con hijos en edad escolar para elegir turno de vacaciones coincidente con las vacaciones escolares. Los aires desreguladores se llevaron esta tímida medida del texto de 1980 a favor de las madres y padres con hijos menores. En aquellas fechas todavía no se había abierto camino la conciliación de la vida laboral y familiar como parte de la legislación de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo y como exigencia de una adecuada protección social a la familia. La Ley 39/1999, que en este sentido, inicia una nueva etapa no alcanza a dar solución al problema suscitado en la cuestión prejudicial a pesar de proclamar la completa trasposición de algunas de las Directivas comunitarias que han fundamentado la solución ofrecida por el Tribunal de Justicia.

La incidencia de las Directivas comunitarias sobre tiempo de trabajo, maternidad e igualdad en el empleo sobre la anterior regulación nacional

El panorama normativo y jurisprudencial que se ha resumido cambia a partir de la sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004. Mediante una interpretación conjunta y sistemática de tres de las Directivas más importantes en la materia el TJCE concluye que el permiso maternal y las vacaciones anuales son derechos autónomos y que compensar o neutralizar el tiempo en que ambos se han de disfrutar es contrario a los derechos consagrados en las Directivas 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo; así como a 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 y 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 empleo, a la formación y a la promoción profesionales.

La Directiva 93/104/CEE, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo dispone en el artículo 7 respecto a las vacaciones anuales que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y de concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.”

Como disposición de mínimos que es la Directiva, su artículo 15 deja a salvo “las disposiciones más favorables que para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, los Estados miembros puedan aplicar o establecer así como las que sean aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales.”

Por su parte, la Directiva 92/85/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, establece un derecho a disfrutar un permiso de maternidad de “como mínimo, catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.”

Ninguna de las anteriores previsiones incorporan derechos que no estén garantizados en la legislación nacional, que tanto en el caso de las vacaciones anuales como en el del permiso por maternidad son derechos reconocidos de forma más extensa por nuestro derecho interno, pues el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores dispone que el período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual, pero que, “en ningún caso será inferior a treinta días naturales”; y el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores establece en el supuesto de parto, que la suspensión “tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo.”

El conflicto, cuando se produce la coincidencia entre el tiempo de disfrute de las vacaciones anuales con el permiso de maternidad, surge porque según el apartado 2. del artículo 38 “el período o períodos de disfrute de las vacaciones se fija de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones” y como hemos visto rara vez los convenios colectivos prevén la coincidencia con el permiso de maternidad aunque si prevén la misma posibilidad de coincidencia con la incapacidad temporal. A ello se añade que, en relación con el permiso de maternidad la previsión legal acerca de su forma de disfrutarlo es que “el período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada”, aunque seis semanas han de ser “inmediatamente posteriores al parto (...)”.

La Directiva 76/207 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 empleo, a la formación y a la promoción profesionales, dispone en su artículo 1 que “el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar”, principio que no obstará “las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad” y que en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica “que se garanticen a hombres y a mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo”, tal como expresamente establece su artículo 5 y que los Estados miembros tomarán medidas necesarias” a fin de que se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas, las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos (...)” .

La aplicación e interpretación conjunta de las anteriores disposiciones de las Directivas lleva al TJCE a dar la razón al órgano judicial nacional en sus apreciaciones. Así el TJCE parte de que el derecho de cada trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104. Destaca el TJCE cómo resulta significativo a este respecto que esta Directiva establezca además la regla de que el trabajador deberá normalmente poder disfrutar de un descanso efectivo, en aras de una protección eficaz de su seguridad y de su salud, ya que sólo en

caso de que concluya la relación laboral su artículo 7, apartado 2, permite que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas sea sustituido por una compensación financiera. Así mismo recuerda que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104, con arreglo al cual los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias “de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales”, debe interpretarse en el sentido de que las modalidades de aplicación nacionales deberán en cualquier caso respetar el derecho a un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas.

Y en lo que al permiso de maternidad se refiere, el TJCE señala que su finalidad es diferente a la que persigue el derecho a disfrutar de vacaciones anuales, porque el permiso de maternidad tiene por objeto, por una parte, *la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto*. Dadas las diferentes finalidades de uno y otro derecho, se concluye que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104 debe interpretarse, en el sentido de que en caso de coincidencia entre las fechas de un permiso de maternidad de una trabajadora y las de las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla, no pueden considerarse cumplidas las exigencias de la Directiva relativas a las vacaciones anuales retribuidas.

El artículo 11 de la Directiva 92/85 dispone en relación con los derechos inherentes al contrato de trabajo una garantía para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz a o estén en periodo de lactancia, que ha resultado ser clave en la resolución del TJCE, y es la que dice que deberán garantizarse:” los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras (...)distintos de los indicados en la siguiente letra b” . La letra b) se refiere al mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras. La garantía de respeto de todos los derechos inherentes al contrato de trabajo significa a juicio del TJCE que también alcanza al derecho a disfrutar en su integridad el periodo anual de vacaciones retribuidas de la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo. Así lo señala al afirmar que “como el artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85, dispone que en el caso de un permiso de *maternidad deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo de la trabajadora distintos de los indicados en la letra b) de la misma disposición*, esta previsión por lo mismo será de aplicación en relación con el derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas.

La aplicación de las previsiones de la Directiva 76/207 que, como recuerda el TJCE en la sentencia que comentamos, *tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal*, sirve para concluir que el ejercicio de los derechos conferidos por disposiciones relativas a la protección de la mujer en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad no puede dar lugar a un trato desfavorable en lo que respecta a sus condiciones de trabajo. En el caso concreto supone que el artículo 5 de la Directiva, cuando dispone que la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, (...) implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo, ha de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto del de su permiso de maternidad. Conclusión que es la misma también para el caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla, pues conforme al apartado 2, letra b), del mismo artículo de la Directiva 76/207, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que se anulen,

puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos.

En respuesta a la segunda cuestión que se planteaba por el juzgado de lo social sobre si el número de días de vacaciones anuales del que puede disfrutar la trabajadora sería el establecido como mínimo por el Derecho comunitario o el más elevado establecido por una normativa nacional, lo que el TJCE ha declarado es que cuando un Estado miembro haya optado por una duración de las vacaciones anuales más larga que la duración mínima establecida por la Directiva, también tiene derecho la trabajadora a dichas vacaciones anuales más largas, con independencia del derecho a disfrutar el permiso de maternidad. Ello es lógica aplicación del artículo 15 de la Directiva 93/104, cuando dice que ésta se entenderá “sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, o de favorecer o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales, más favorables a la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores.”

Llegados a este punto, conviene recordar que el artículo 5 de la Directiva 76/207 sobre igualdad de trato se ha dejado sin contenido en la Directiva 2000/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, por la que la primera ha sido modificada. La nueva Directiva tiene como fecha límite de trasposición, a más tardar, el 5 de octubre de 2005. El nuevo artículo 2 de la Directiva 2000/73, de mayor extensión y complejidad que el anterior, incluye un apartado 7 según el cual, “un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE constituirá discriminación en el sentido de la presente Directiva”, a lo que se añade que, “la presente Directiva tampoco afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o adopción”, y que (...) “los estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores-hombres y mujeres- del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente en condiciones que no les resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia”.

La regulación del permiso de maternidad en el derecho nacional, según el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, no es la misma que la que realiza la Directiva 92/85, pues en ésta sus disposiciones mínimas sólo se aplican a “la mujer embarazada”, “que haya dado a luz” o esté “en periodo de lactancia”, mientras que la regulación del permiso en España abarca tanto al permiso por parto de la mujer como por adopción y acogimiento y permite que una parte del total del permiso se disfrute por el padre, con excepción de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto. Ante esta disparidad y mientras se lleva a cabo la trasposición de la Directiva 2000/73, surge la duda, que se ha mantenido a lo largo de este comentario, de si las conclusiones de la sentencia del TJCE habrían sido las mismas en el caso de que el disfrute del permiso discutido no hubiera sido de maternidad sino de paternidad, comprendido o formando parte del actual texto del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores. La respuesta no es segura, pero cabría interpretar que a la misma conclusión se podría haber llegado, de acuerdo con el texto de la actual Directiva de igualdad de trato y en concreto con lo que disponen sus artículos 2.4 y 5.1, pues la igualdad de trato implica “que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo” (artículo 5.1) y “la Directiva, no

obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres (...) (artículo 2.4). Es decir, que estando dirigida la protección de la Directiva 92/85 a la maternidad, la igualdad entre hombres y mujeres y la posibilidad de medidas que la favorezcan según la Directiva de igualdad de trato, como podría ser considerada la concesión de permisos de paternidad, sin necesidad de ampliar la protección de la primera, permite incluir los permisos paternales que responden a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, lo que significa que los padres puedan beneficiarse de los mismos derechos que se reconocen a las mujeres embarazadas, que hayan dado a luz o estén en período de lactancia, cuando hagan uso de los permisos legales.

En resumen, cualquiera que sea la interpretación que se pudiera dar a ésta y a otras dudas que podrían suscitarse, las consecuencias de la sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004, son evidentes. La principal y más inmediata, su repercusión práctica ante las situaciones que en el futuro puedan darse, porque obliga a adoptar una solución distinta a la que se había venido dando de forma mayoritaria, salvo pacto o mejora individual o colectiva, a la coincidencia de las vacaciones y el permiso por maternidad, so pena de infringir las Directivas sobre tiempo de trabajo, maternidad e igualdad en el empleo. Otra consecuencia indirecta que también se hace evidente es la necesidad de pensar en una nueva regulación a los permisos de maternidad-paternidad que evite los problemas que la actual norma comporta en su actual redacción según reza el artículo 48. 4 del Estatuto de los Trabajadores. De ellos, el apuntado respecto a la protección del permiso por paternidad, es sólo un posible ejemplo.

13 DE JUNIO DE 2004

LUCIA RUANO RODRIGUEZ