



PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL

Universidad de Córdoba

DERECHOS DE LAS TRABAJADORAS-MADRES Y PODER EMPRESARIAL: LA COINCIDENCIA DEL PERÍODO DE BAJA MATERNAL Y DE VACACIONES ANUALES

Sentencia Tribunal Supremo, de 10 de noviembre de 2005

M.^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ *

SUPUESTO DE HECHO: La parte actora, concretamente una trabajadora, se constituyó en incapacidad temporal derivada de enfermedad común con fecha 30 de junio de 2003, cuando ya estaba en situación de embarazo del que dio a luz, por adelantamiento del parto, el día 23 de julio siguiente, fecha a partir de la cual se constituyó en situación de baja por maternidad. Para ese entonces, la empresa ya había confeccionado el calendario de vacaciones para toda la plantilla, habiendo asignando a la trabajadora como período vacacional el periodo comprendido inmediatamente posterior al parto.

Al transcurrir el periodo de baja por maternidad y, en consecuencia, el mes asignado para el disfrute de las vacaciones anuales, la actora solicitó el reconocimiento de un nuevo período, petición que fue denegada por la empresa. En primera Instancia, y tras la pertinente formalización judicial de la contienda se le reconoció a la trabajadora el derecho a disfrutar 31 días de vacaciones dentro del mismo año natural, condenando a la empresa a que, en caso de imposibilidad de fijación de dicho período dentro del año, le indemnizase con la cantidad de 850 €. Dicha resolución se revocó sin embargo en fase de Suplicación, absolviéndose plenamente a la empresa de los pedimentos de la demanda.

* Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

RESUMEN: El TS, en unificación de doctrina, va a estimar el recurso de casación (núm. 4291/2004) interpuesto por la trabajadora, de conformidad con la doctrina del TJCEE y el mandato de la Directiva 92/85, en el sentido de expresar la necesidad de garantizar la plenitud de derechos por razón de la maternidad y la necesaria consideración de discriminatoria de cualquier otra interpretación de la normativa nacional por ser atentatoria a la igualdad de sexos; y sin que quepa, pues, ningún paralelismo con las reglas propias de la incapacidad temporal, al tratarse de materias distintas.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1. CONSIDERACIONES GENERALES: UNA REMINISCENCIA A LAS POSICIONES DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA
 - 1.1. Especial referencia al Caso *Merino Gómez*
 - 1.2. Repercusión de la sentencia en el ámbito nacional
2. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LA STS DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2005, DICTADA EN UNIFICACIÓN DOCTRINA
3. REFLEXIÓN CRÍTICA

INTRODUCCIÓN

Antes de comenzar con el comentario de la sentencia seleccionada, y como punto de partida inexcusable, habría que dejar constancia de una realidad incuestionable, a nuestro modo de ver, y es que la maternidad de la trabajadora, ha constituido, desde siempre, un auténtico obstáculo para la integración, estabilidad y carrera profesional de las mujeres en el mercado de trabajo. A pesar de la tendencia iniciada hace ya varias décadas a través de la normativa comunitaria e internacional —y no hace tanto, desde nuestro propio panorama normativo— para la erradicación de las discriminaciones y el fomento de medidas para la integración del colectivo femenino en el mundo laboral en las mismas condiciones que el varón, aún hoy en día, la discriminación que sufre la mujer es una realidad palpable. Si, además, a la cualidad femenina se une la condición de mujer embarazada o madre, las probabilidades de ser víctima de conductas empresariales arbitrarias o discriminatorias se incrementan notablemente. La maternidad y las cargas familiares son consideradas por los empresarios como factores negativos que inciden sobre la mujer y van a contribuir a una desigualdad en el rendimiento en el trabajo con respecto al hombre, o van a provocar inconvenientes en la organización empresarial, con las consiguientes pérdidas de beneficios.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dejado sentado que la discriminación por causa de embarazo y maternidad constituye un supuesto de discriminación directa según el Derecho Comunitario en



materia de igualdad¹, lo que significa que las justificaciones posibles a un tratamiento que resulte perjudicial para una mujer embarazada o que ha dado a luz, son inexistentes o muy limitadas.

Sin embargo, a veces, la ausencia de claridad y contundencia en la regulación de determinadas cuestiones, suscita, entre las partes implicadas, conflictos de gran trascendencia práctica. Un ejemplo palpable es el tratado en la STS de 10 de noviembre de 2005: la coincidencia del período de baja maternal y el de vacaciones.

1. CONSIDERACIONES GENERALES: UNA REMINISCENCIA A LAS POSICIONES DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

La inexistencia de previsión alguna en la normativa, tanto nacional como internacional², acerca de la coincidencia entre el periodo de suspensión del contrato por maternidad y el fijado para el disfrute de las vacaciones anuales, nos exige la consulta de la línea continuada por los tribunales en los últimos años. Éstos, siguiendo una postura rigurosa y poco flexible, han determinado que, en el caso de coincidencia del período de baja maternal y el tiempo fijado para el descanso anual, la trabajadora sólo tendrá derecho a la prestación por maternidad, sin que quepa la reclamación del importe correspondiente a las vacaciones no disfrutadas, ni el disfrute en época distinta³.

Estas decisiones judiciales se han basado, en gran medida, en los argumentos esgrimidos para negar el derecho a disfrutar de las vacaciones cuando sobreviene una incapacidad temporal⁴ como consecuencia de enfermedad o accidente, partiendo, quizás, de una obsoleta identificación entre el esta-

¹ *Vid.*, como ejemplo, a causa de una negativa de contratación, Caso *Dekker*, C-117/88, S. 8-noviembre-1990; Caso *Mahlburg*, C-207/98, S. 3-febrero-2000. A causa de un despido, Caso *Webb*, C-32/93, S.-14-junio-1994 y, más recientes, Caso *Tele Danmark* y *Jiménez Melgar*, ésta última respecto a la negativa de renovación de un contrato de duración determinada.

² El artículo 6.2 del convenio 132, alude a los períodos de incapacidad por enfermedad o accidente, de los que dice que «no podrán ser descontados como parte de las vacaciones pagadas anuales...»; sin embargo, no hace mención alguna a la maternidad.

³ *Vid.*, como ejemplos, STS de 27 de junio de 1996 (Ar. 5389) que toma como base la STS de 30 de noviembre de 1995 (Ar. 8771), dictada en unificación de doctrina. También la STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de julio de 1996 (Ar. 3274) y la STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 1997 (Ar. 1841). En estos casos, y en atención al pacto colectivo por el que se fija el período vacacional, se deniega el derecho de la trabajadora a un nuevo señalamiento.

⁴ Según la línea mantenida por el Tribunal Supremo el empresario no puede garantizar que las vacaciones se disfruten con buena salud. Recordemos la STCT de 26 de abril de 1984, cuya frase hizo fortuna. Desde la normativa internacional, el artículo 6.2 del convenio 132, alude a los períodos de incapacidad por enfermedad o accidente, de los que dice que «no podrán ser descontados como parte de las vacaciones pagadas anuales...».

do de maternidad y el de enfermedad o incapacidad para el desarrollo de las actividades derivadas del puesto de trabajo.

El TJCE, en el caso *Merino Gómez*⁵ (18 de marzo de 2004) se pronunció positivamente acerca del derecho de la trabajadora embarazada a disfrutar sus vacaciones anuales en período distinto al pactado previamente en acuerdo colectivo establecido entre la empresa y los representantes de los trabajadores, por coincidir con el de su baja maternal. Según el Tribunal, la base sustancial para este pronunciamiento se encuentra en el artículo 11, apartado 2. a), de la Directiva 92/85 que establece que, en el supuesto de que la trabajadora esté disfrutando de un permiso de maternidad, deberán garantizarse todos los derechos inherentes al contrato de trabajo.

El pronunciamiento fue especialmente significativo para nuestro Derecho nacional porque, como hemos referido, los tribunales españoles, ante situaciones idénticas, habían sostenido el criterio de que la trabajadora no tenía derecho a disfrutar sus vacaciones en periodo distinto del fijado por el acuerdo colectivo alcanzado por la empresa, al primar el respeto a lo así pactado sobre el derecho individualizado al disfrute por parte de la afectada. Resulta interesante dedicar, aunque sea de soslayo, unas líneas al contenido del fallo del TJCE, traído a colación por el Tribunal Supremo en la sentencia que ahora analizamos.

1.1. Especial referencia al Caso *Merino Gómez*

El Juzgado de los Social núm. 33 de Madrid, basándose en la Jurisprudencia del TJCE sobre el artículo 7 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, y las Directiva 92/85 (artículo 8) y 76/207⁶, llega a la conclusión, siguiendo, una línea opuesta a la predominante, de que

⁵ La Sra. *Merino Gómez* prestaba servicios en la empresa «Continental Industrias» desde el 12 de septiembre de 1994 con la categoría de operaria. Estuvo disfrutando de baja maternal desde el 5 de mayo al 24 de agosto de 2001. En el año 2000, la actora había podido elegir turno de vacaciones y, por tanto, conforme a las reglas establecidas en el acuerdo colectivo de 7 de mayo de 2001, no habría podido acceder en el año 2001 al turno excepcional del mes de septiembre para disfrutar de vacaciones anuales. No obstante, la Sra. Merino solicitó disfrutar de vacaciones desde el 25 de agosto al 21 de septiembre de 2001 o, subsidiariamente, desde el 1 de septiembre al 27 de septiembre de 2001, es decir, un periodo de vacaciones a continuación del término del periodo de su baja por maternidad. La empresa no le concedió el periodo de vacaciones reclamado, por lo que la afectada formuló demanda contra la misma relativa a las vacaciones reclamadas.

⁶ Vid., Caso *BECTU* (C-173/99), S. 26-junio-2001; Caso *Boyle y otros* (C-411/96), S. 27-octubre-1998; y Caso *Thibault* (C-136/95), S. 30-abril-1998, respectivamente.



la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación de la mujer por razón de su embarazo y/o lactancia implica que una trabajadora debe tener derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en un periodo distinto no coincidente con el de su descanso maternal, en el caso de que las fechas prefijadas de las vacaciones coincidan con la fecha de disfrute del permiso de maternidad de la trabajadora. Para el Tribunal, admitir el solapamiento de ambos periodos de descanso supondría la anulación de uno de ellos; en el caso en cuestión, el periodo de vacaciones. El órgano jurisdiccional considera además que, conforme a la normativa comunitaria, el acuerdo colectivo de fijación de vacaciones debería haber contemplado la especial situación de las trabajadoras embarazadas, garantizando el doble derecho a descanso maternal y a vacaciones ⁷. Por último recuerda, para el caso de que su interpretación del Derecho Comunitario sea confirmada en el punto principal del litigio que, atendiendo al derecho nacional —más favorable—, la trabajadora tendría derecho al disfrute de 30 días de vacaciones y no 28 días, tal y como reconoce el artículo 7 de la Directiva 93/104.

Con el fin de determinar si las interpretaciones realizadas son las correctas, el Juzgado de lo Social decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal Comunitario dos cuestiones prejudiciales. La primera de ellas trata de vislumbrar si las Directivas 93/104 (art. 7.1), 92/85 (art. 11.2.a)) y 76/207 (art. 5.1), garantizan el derecho de la trabajadora a disfrutar de vacaciones anuales en periodo distinto del pactado y no coincidente con el de la baja maternal. Para el caso de que la respuesta fuera positiva, la segunda cuestión versa sobre la aplicación preferente del derecho nacional, que prevé unas vacaciones más largas que las vacaciones mínimas establecidas en la Directiva 93/104.

El TJCE resuelve las cuestiones prejudiciales de forma clara y precisa. Con respeto a la cuestión principal planteada, el Tribunal de Justicia afirma que el derecho de cada trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse como un principio de Derecho Social Comunitario respecto del que no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de los Estados Miembros puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la Directiva 93/104 ⁸.

Reconocido el derecho al disfrute de vacaciones en fecha no coincidente con la del permiso de maternidad, el TJCE admite el derecho de la trabajadora a unas vacaciones anuales más largas, previstas por la normativa nacional, (art. 38.1 ET, que establece una duración no inferior a treinta

⁷ Se basa en la sentencia del Caso *Lewen* (C-333/97). S. 21-octubre-1999.

⁸ Recordemos que, de acuerdo con el artículo 7.1 de la D. 93/104, las modalidades de aplicación nacionales deberán en cualquier caso respetar el derecho a un periodo de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas.

días naturales) que las vacaciones mínimas fijadas en la normativa comunitaria (art. 7.1 de la Directiva 93/104, que determina un periodo de cuatro semanas).

1.2. Repercusión de la sentencia en el ámbito nacional

Una vez que el Tribunal precisó cuál era el estado de la cuestión en el Derecho Comunitario, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid debió aplicar el derecho tal y como lo interpretó el Tribunal de Justicia. Asimismo, esta sentencia serviría de guía a otros órganos jurisdiccionales nacionales a los que se sometiese un problema idéntico.

Sin duda, este pronunciamiento ha dado inicio a una novedosa línea de tendencia, divergente a la que hasta ahora se había defendido desde los tribunales y cuya muestra más reciente la encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo, dictada para la unificación de doctrina, de 10 de noviembre de 2005.

El juzgador parte de una premisa, que ha sido la defendida tradicionalmente por el Supremo: el empresario no puede garantizar que las vacaciones se disfruten con buena salud⁹. Es por ello que hace hincapié en la conveniencia de señalar el distinto tratamiento que merece la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de la vacación, pues es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador, con respecto a aquella otra que se produce con anterioridad al período vacacional y que impide el disfrute de éste en la fecha preestablecida en el calendario previsto, a tal efecto, en la empresa. Según afirma el Alto Tribunal, la coincidencia en el tiempo de una baja por incapacidad temporal, devenida bien sea de enfermedad

⁹ No olvidemos que, tras repasar los pronunciamientos existentes en esta materia llegamos a la conclusión de que éstos, habitualmente, han mantenido que, aunque la intención de la norma no es sino evitar que el empresario impute las vacaciones a los períodos de tiempo de suspensión, el empresario no estará obligado a facilitar al trabajador unas vacaciones posteriores si iniciadas éstas se inicia un período de suspensión. Recordemos la STCT de 26 de abril de 1984, cuya frase hizo fortuna; y otros pronunciamientos posteriores, tales como STCT de 6 de septiembre de 1988 (Ar. 5449) y STS de 7 de septiembre del mismo año (Ar. 5458). También más recientes, STS de 20 de enero de 1995 (Ar. 392); y las STSJ de Andalucía (Málaga) de 31 de enero de 1997 (Ar. 252), STSJ de Madrid de 28 de junio de 1996 (Ar. 3218), STSJ de Aragón de 28 de febrero de 1996 (Ar. 918) y STSJ de Madrid de 17 de septiembre de 1997 (Ar. 3244). Todos ellos supuestos de fijación colectiva de la fecha de vacaciones; el respeto al pacto colectivo impide hacer un nuevo señalamiento. No obstante, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 enero de 1996 (128) da derecho al trabajador que estuvo en ILT en el momento señalado para el disfrute de sus vacaciones a un nuevo señalamiento pues «no consta que la fijación de otro período vacacional al trabajador conlleve perjuicios notables a la empresa».



común o por maternidad, con el período preestablecido en la empresa para el disfrute de vacaciones, responde a la protección y defensa de un interés jurídico completamente distinto al que es propio del descanso por vacación anual, que no es otro que el de propiciar una recuperación, tanto física como psíquica, tras la prestación, continuada o no, de servicios durante todo el año en la empresa. Veamos, más detenidamente, los términos de la sentencia.

2. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LA STS DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2005, DICTADA EN UNIFICACIÓN DOCTRINA

En base a argumentos que seguidamente expondremos, el Tribunal considera que negar la compatibilidad de la vacación anual con el disfrute del período por baja maternal supone, en primer lugar, establecer una clara discriminación entre el hombre y la mujer, puesto que solo esta última, que teóricamente, al menos, ha de prestar servicios laborales en igualdad de condiciones que el varón, se vería discriminada al ver mermado o suprimido su derecho a la vacación anual a causa de la maternidad.

Por otra parte, la tesis contraria a la expuesta en el fallo se opondría, ostensiblemente, al artículo 38 ET y 48.4 ET pero, también, a la necesaria y cada día más exigida compatibilización de la vida familiar con la vida laboral.

Con respecto a la primera cuestión, no nos cabe duda que la postura mantenida hasta ahora por los tribunales no sólo desfavorecía a las mujeres por razón de su embarazo y, en consecuencia, por una cuestión relacionada directamente con el sexo (discriminación directa), sino que favorecía claramente al empresario, liberado de tener que pagar salario durante un tiempo en el que, por estar dedicado a las vacaciones, no debía percibir trabajo¹⁰.

La sentencia analizada, basándose en el fallo del TJCE en el caso Merino Gómez, referido, nos deja claro que, puesto que la finalidad del derecho a disfrutar de vacaciones anuales (disfrute de un descanso efectivo, en aras de una protección eficaz de su seguridad y salud) es diferente a la del derecho al permiso de maternidad (que tiene por objeto la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, y la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo) si coinciden estas fechas no pueden considerarse cumplidas las exigencias de las Directivas relativas a las vacaciones anuales retribuidas.

¹⁰ Pensemos, además, que aquellas que no tengan derecho a la prestación por no cumplir los requisitos exigidos verán también extinguido el derecho a percibir el salario que les hubiese correspondido si sus vacaciones no hubieran coincidido con el período de suspensión.



Además, al igual que lo hizo el Tribunal de Luxemburgo, el juzgador hace especial hincapié en el artículo 11.2.a) de la Directiva 92/85, que es contundente a la hora de determinar que en el caso de un permiso de maternidad deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo y, por tanto, el derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas. Nos recuerda el Tribunal que es jurisprudencia reiterada que el ejercicio de derechos conferidos a las mujeres en virtud del artículo 2.3 de la D. 76/207 por disposiciones relativas a la protección de la mujer en lo que se refiere al embarazo y la maternidad, no pueden dar lugar a un trato desfavorable respecto a las condiciones de trabajo¹¹. En consecuencia, el estar disfrutando del permiso de maternidad no puede privar a la trabajadora del disfrute de un derecho inherente al contrato de trabajo, de forma que deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto del de su permiso de maternidad; y ello, a pesar de que, en virtud de acuerdo colectivo, se había fijado, con carácter general, el calendario de vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla.

En relación con el segundo argumento esgrimido, el Tribunal da por sentado que, en el caso contemplado, la denegación del disfrute del periodo de vacaciones en fecha distinta a la señalada supone una clara contradicción con el texto estatutario, y en concreto con el artículo 38 en relación con el apartado 4 del artículo 48¹².

Una clara muestra de apoyo a esta línea jurisprudencial la encontramos en el anteproyecto de ley de garantía de la igualdad entre hombres y mujeres, aprobado recientemente¹³. Como en la propia Ley se especifica, su ob-

¹¹ La Directiva 2002/73 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, considera en su artículo 2.7, párrafo 3 que un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad constituye discriminación por razón de sexo.

¹² Según argumentó el Supremo, el recurso interpuesto por la actora tiene que merecer una favorable acogida porque por cuanto si es indudable que conforme al artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores todo trabajador tiene derecho a una vacación anual retribuida, no sustituible por compensación económica, que habrá de tener una duración de 30 días naturales y que se habrá de fijar en Convenio Colectivo o contrato individual, debiendo planificarse anualmente dicho período vacacional de común acuerdo entre el empresario y el trabajador y subsidiariamente por la Jurisdicción Laboral competente, siendo obligación de la empresa fijar el calendario de vacaciones y que del mismo tenga conocimiento con dos meses de antelación el trabajador, no lo es menos, sin embargo, que el apartado 4 del artículo 48 del mismo Texto Estatutario establece la suspensión del contrato de trabajo, con el consiguiente descanso por maternidad, en el supuesto de parto, por lo que, necesariamente, han de compatibilizarse ambos derechos reconocidos en la misma norma laboral básica.

¹³ A la fecha de redacción de este comentario, el Anteproyecto de la Ley Orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres había sido aprobado en Consejo de Ministros, en sesión del día 3 de marzo de 2006.



jeto es hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular, mediante la eliminación de la discriminación de la mujer en cualesquiera ámbitos de la vida y, singularmente, en la esfera laboral, entre otras. Se hace una especial incidencia al derecho a la protección de la maternidad, manifestando la norma que las mujeres tienen derecho a esta protección como mecanismo de consecución de la igualdad de oportunidades; por ende, la regulación de tal salvaguarda se orientará hacia la asunción social de las consecuencias de embarazo, parto y de la lactancia natural; de tal forma que todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo.

En congruencia con lo expuesto, entre las reformas normativas propuestas se prevé la del artículo 38, apartado 3, en dónde se añade un nuevo párrafo en los siguientes términos: «Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario laboral de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan».

Si el anteproyecto llegara a ver la luz manteniéndose en los términos expuestos, se conseguiría erradicar una de las prácticas discriminatorias más frecuentes y silenciosas llevadas a cabo por los empresarios. Sin embargo, no dudamos de que, independientemente de lo que le depare el futuro a este texto normativo, la sentencia ahora analizada abre camino en la larga andadura de la igualdad entre sexos.

La sentencia analizada considera, además, que el desconocimiento por parte del empresario del derecho a un nuevo señalamiento del periodo vacacional rebatiría, claramente, la cada día más exigida compatibilización de la vida familiar y laboral.

Con respecto a este argumento no podemos obviar que, tras la Ley 39/99, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, el padre puede disfrutar, si así lo decide la madre y siempre bajo unos condicionantes, de hasta diez semanas de permiso por nacimiento de hijo (esto es, todo el tiempo previsto para el permiso de maternidad, excepto el periodo de seis semanas de disfrute obligatorio para la madre), por lo que en caso de solapamiento de este periodo con el fijado para sus vacaciones anuales tendría derecho, por razones de equidad e invocando el principio a la igualdad entre hombre y mujeres, a un nuevo señalamiento del periodo vacacional.

También hay que traer a colación que, como no podía ser menos, el anteproyecto de ley de igualdad trata los derechos de conciliación de la vida personal y familiar como manifestación del derecho de las personas trabajadoras a la libre configuración de su tiempo, por lo que se busca la corresponsabilidad a través del reparto de las tareas domésticas y del cuidado de personas dependientes¹⁴. Prueba de ello es la contemplación de un permiso de titularidad paterna, en exclusiva, esto es, independiente del de la madre, de ocho días de duración —que desde hace tiempo se venía reivindicando desde los sindicatos—. De tal forma que, insistimos, si el anteproyecto llega a buen puerto y podemos hablar de un permiso de paternidad individualizado, éste tampoco podrá verse empañado por la coincidencia con el periodo vacacional¹⁵.

Huelga decir que, en estos casos, no estamos ante una protección del estado biológico de la maternidad pero sí del «status paterno». Si bien el primero no puede dar lugar a un trato desfavorable o perjudicial en lo que respecta a las condiciones de trabajo de las afectadas, tampoco puede hacerlo el estado de aquél que ejerce la función paterna haciendo uso de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Y ello se deduce claramente del contenido del artículo 2.7, párrafo 4 de la Directiva 2002/73/CE que otorga a los trabajadores que disfruten de un permiso por paternidad una protección similar a la prevista para las trabajadoras en el permiso por maternidad¹⁶.

Una postura divergente sólo podría calificarse de retrógrada, opuesta a un principio esencial del Derecho Social Comunitario, como es el de igualdad de trato entre hombres y mujeres, y más concretamente a esta Directiva citada —cuyo plazo límite de transposición a los ordenamientos internos finalizó el 5 de octubre de 2005—.

¹⁴ En este sentido, *vid.*, GARCÍA NINET, «Avance sobre el borrador de anteproyecto de ley de garantía de la igualdad entre mujeres y hombres», en *Tribuna Social*, 183/2006 (Editorial).

¹⁵ El propio texto del anteproyecto lo deja claro en el Capítulo III sobre Medidas de Igualdad en el empleo para la Administración General del Estado, cuando se refiere a los empleados públicos.

Artículo 53. *Vacaciones.*—«Sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de acuerdos suscritos entre la Administración General del Estado y los representantes de los empleados públicos, cuando el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad, o con su ampliación por lactancia, la empleada pública tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan. Gozarán de este mismo derecho quienes estén disfrutando de permiso de paternidad».

¹⁶ La Directiva, además, refuerza el derecho de la mujer en permiso por maternidad a, una vez finalizado, mantener sus condiciones de trabajo y a beneficiarse de cualquier mejora producida en las mismas durante su ausencia y a la que hubiera podido tener derecho.



3. REFLEXIÓN CRÍTICA

Los términos de la sentencia analizada nos recuerdan que la maternidad es un estado biológico propio de la mujer que cumple una importante función social; por tal razón, se protege desde el ordenamiento comunitario hasta el punto de que, como hemos visto en los supuestos antes analizados, el empresario está obligado a asumir todas las consecuencias económicas y organizativas producidas por esta situación, sin que el perjuicio económico que pueda sufrir éste, justifique la desprotección o el trato perjudicial¹⁷.

Los argumentos empleados por el Alto Tribunal, nos invitan a reflexionar, aunque sea someramente, sobre otros dos puntos íntimamente relacionados con lo expuesto.

El primero de ellos versa sobre un aspecto que, aunque podemos dar por supuesto, merece la pena señalar específicamente: la extensión de todos los argumentos esgrimidos en los razonamientos del Tribunal a la maternidad adoptiva y a los supuestos de acogimiento permanente o preadoptivo. Y queremos hacer una especial referencia a la materia porque el Supremo utiliza entre los argumentos que justifican su fallo la distinta finalidad del periodo de suspensión previsto para los casos de maternidad y el de interrupción contractual contemplado para las vacaciones anuales. Mientras que en este último caso se pretende propiciar una recuperación, tanto física como psíquica, una vez prestado los servicios durante todo el año en la empresa, en el caso de la maternidad, se quiere propiciar a la mujer un periodo de asueto, necesario para descansar después del parto y atender al hijo.

Con todos nuestros respetos, parece el Alto Tribunal no haber abandonado, aún, el concepto tradicional y estricto —y ya obsoleto— de los periodos de descanso por maternidad o alumbramiento. Había que aceptar la configuración de estos espacios de liberación del trabajo como *períodos de adaptación a la nueva realidad producida tras el nacimiento del hijo o adopción o acogimiento del menor*¹⁸, con todas las consecuencias que en cuanto a la concreción o identificación de los bienes o valores jurídicos dignos de ser protegidos provoca. Valorar estos intereses supone dejar atrás el desfasado

¹⁷ O, en este caso concreto, sin que el parto y el puerperio puedan impedir, el disfrute de las vacaciones anuales, como derecho inherente al contrato de trabajo que es; y ello aunque esto suponga desvirtuar lo pactado por un acuerdo colectivo, acuerdo que desconoce la normativa comunitaria *ad hoc*.

¹⁸ La frase de BORRAJO DACRUZ en «La no discriminación por razón de sexo y sus efectos y garantías en el Derecho español del Trabajo». *Documentación Laboral*, 7/1983., pág. 33, nos puede ayudar a entender la evolución normativa habida: «En primer lugar, el Derecho se ocupó del trabajo de la mujer para establecer un régimen protector; en segundo lugar, el derecho se ocupa actualmente del trabajo de la mujer para tratarlo en condiciones de máxima igualdad con el trabajo del hombre».

concepto de descanso por maternidad al que estábamos acostumbrados (requerido por motivos de salud) y exige reconsiderar la cuestión desde una perspectiva mucho más congruente y conciliable con la realidad socio-laboral actual.

No debemos olvidar que la maternidad, en cuanto concepto amplio o valor general, incluye una serie de subconceptos o valores concretos que son protegidos específicamente; Por un lado, el cumplimiento de un objetivo con un claro contenido físico y por otro lado, de un fin familiar, que a la vez se desdobra en dos propósitos: la atención y cuidado del menor y la formación e integración en un núcleo familiar, excediendo este objetivo de la madre y el menor, hasta la familia en su conjunto. Por consiguiente, no se trata sólo de la protección de la salud de la madre y del bienestar del hijo, mediante la atención de ésta, sino del fomento de las relaciones entre la madre/padre e hijo, con todo lo que ello conlleva; estamos hablando, por tanto, de la salvaguarda de la institución familiar.

El otro punto, ya aludido, en nuestro comentario, hace referencia al *rol* paterno en el marco de la compatibilización de la vida familiar y laboral. La creciente incorporación de la mujer al mundo del trabajo, sin exoneración de las responsabilidades familiares que tradicionalmente le habían sido asignadas, ha desembocado en un permanente conflicto entre sus obligaciones laborales y sus tareas maternas, tensión que sólo puede ceder ante una solución equilibrada que parta de una idea básica, el valor social de la paternidad y la formulación de una normativa que la tome en consideración en su justa medida.

En los tiempos actuales en los que, desde los poderes públicos, se intenta concienciar a las personas trabajadoras de que el padre y la madre deben responsabilizarse por igual en la ardua tarea de la crianza de los hijos, estableciendo instrumentos adecuados para ello, es el empresario, en cuanto titular de las facultades inherentes a su poder de dirección, el que deberá hacerse eco de estos derechos reconocidos, procurando la puesta en práctica de los mismos en el desenvolvimiento de la relación de aquellos que prestan su fuerza de trabajo, ya sean mujeres, ya sean hombres. Sólo con la implicación y compromiso del empresario las previsiones normativas podrán tener la virtualidad y eficacia anhelada.