



Estudios de Economía Aplicada

ISSN: 1133-3197

secretaria.tecnica@revista-eea.net

Asociación Internacional de Economía
Aplicada
España

SANZ CABALLERO, SUSANA

De la exigencia de igualdad salarial a la política social comunitaria de atención a la maternidad y la conciliación laboral y familiar: cuarenta años de promoción de la igualdad laboral por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Estudios de Economía Aplicada, vol. 27, núm. 3, diciembre, 2009, pp. 721-741

Asociación Internacional de Economía Aplicada
Valladolid, España

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30117059008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

De la exigencia de igualdad salarial a la política social comunitaria de atención a la maternidad y la conciliación laboral y familiar: cuarenta años de promoción de la igualdad laboral por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

SUSANA SANZ CABALLERO

Catedrática de Derecho Internacional Público del Departamento de Derecho Público

Titular de la Cátedra Jean Monnet

UNIVERSIDAD CEU CARDENAL HERRERA

e-mail: ssanz@uch.ceu.es

RESUMEN

Partiendo de la base de la tradicional discriminación que existe en el mundo laboral respecto de la trabajadora que es madre o va a serlo, así como de la dificultad que atraviesan muchos padres para poder conciliar su vida familiar y su vida profesional, el artículo sistematiza, analiza e interpreta la jurisprudencia —muchas veces pionera— del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en esta materia, poniendo de relieve el hecho de que, a través de sus sentencias, este Tribunal ha apoyado —e incluso iniciado, en muchos casos— los pasos de la Unión Europea en este ámbito de la política social.

Palabras clave: Política social, jurisprudencia TJCE, protección de la maternidad, conciliación de la vida profesional y familiar.

From Equal Pay to a European Social Policy in Favor of Maternity and Reconciliation between Work and Family Life: Forty Years of Promotion of Equality in the Labor Market by the Court of Justice of the European Communities

ABSTRACT

Traditionally, there has been discrimination in the labour market against pregnant women and mothers. There is also discrimination against parents who wish to reconcile work and family life. Taking all this into account, the article systematizes, analyzes and interprets the pioneer case-law of the Court of Justice of the European Communities in this field. The article puts an accent on the fact that, through this case-law, the Court of Justice has given its support —and has even initiated— the EU steps in the field of its social policy.

Keywords: Social Policy, CJEC Case Law, Maternity Protection, Reconciliation between Work and Family Life.

Clasificación JEL: J7; K3.

1. INTRODUCCIÓN

Según EUROSTAT, en 2003, la tasa de empleo de las mujeres de 20 a 49 años sin hijos menores de 12 años en la UE era del 75%. La tasa de empleo para el mismo tramo de edad de las mujeres con hijos menores de 12 años era del 60%. En cambio, la tendencia se invertía en relación con los varones, puesto que la tasa de empleo de los trabajadores del sexo masculino aumentaba del 86% al 91% para aquellos cuyos hijos eran menores de 12 años.

Ese mismo año, según las estadísticas de EUROSTAT, las trabajadoras con hijos menores de 12 años ocuparon más puestos de trabajo a tiempo parcial que ningún otro colectivo. De cada 3 mujeres trabajadoras con hijos en ese segmento de edad, al menos una ocupaba un empleo a tiempo parcial, siendo la cifra de una de cada 5 en el caso de trabajadoras sin hijos. Por el contrario, la tasa de trabajadores varones a tiempo parcial era baja, de un 3% para el conjunto de la UE, tanto en el caso de varones con hijos como en el caso de varones sin hijos.

Es indiferente el año que se tome de referencia. 2003, en este caso, pero podría ser cualquier otro año. La tendencia es siempre la misma en las cifras de mujeres que compatibilizan trabajo y maternidad. De las cifras que proporciona EUROSTAT (basadas en su encuesta sobre estructura de ingresos) parece que, además, la diferencia salarial entre hombres y mujeres es un hecho constatable, aunque es cierto que hay notables diferencias de unos Estados miembros de la UE a otros. El *gap* es como mínimo del 10%, alcanzándose incluso el 30% de discriminación salarial en algunos de los Estados. Casualidad o no, las mayores diferencias salariales se producen precisamente en aquellos Estados en los que mayor proporción de mujeres trabajan a tiempo parcial (como los Países Bajos, el Reino Unido, Alemania o Austria).

TABLA 1
Diferencia salarial por sexos en los países de la UE.

| País | Porcentaje de diferencia salarial de la mujer respecto al varón |
|------------|---|
| Alemania | 23,0 |
| Austria | 25,5 |
| Bélgica | 9,1 |
| Bulgaria | 12,7 |
| Chipre | 23,1 |
| Dinamarca | 17,7 |
| Eslovaquia | 23,6 |
| Eslovenia | 8,3 |
| España | 17,6 |
| Estonia | 30,3 |

TABLA 1 (Continuación)
Diferencia salarial por sexos en los países de la UE.

| País | Porcentaje de diferencia salarial de la mujer respecto al varón |
|-----------------|---|
| Finlandia | 20,0 |
| Francia | 15,8 |
| Grecia | 20,7 |
| Holanda | 23,6 |
| Hungría | 16,3 |
| Irlanda | 17,1 |
| Italia | 4,4 |
| Letonia | 15,4 |
| Lituania | — |
| Luxemburgo | 10,0 |
| Malta | 5,2 |
| Polonia | 7,5 |
| Portugal | 8,3 |
| Reino Unido | 21,1 |
| República Checa | 23,6 |
| Rumania | 12,7 |
| Suecia | 17,9 |

Fuente: Página web de la Comisión Europea sobre igualdad de oportunidades.

Si nos centramos en el caso español a modo de ejemplo, comprobamos que la tendencia es que, de un modo abrumador, el colectivo de las mujeres trabajadoras es el que opta por un trabajo a tiempo parcial y son mayoritariamente mujeres quienes solicitan permisos de maternidad/paternidad y excedencias para hacer posible el cuidado de los hijos.

TABLA 2
Disfrute de permisos de maternidad/paternidad en España.

| Año | Ambos sexos (datos absolutos) | % madres |
|------|-------------------------------|----------|
| 1996 | 127.739 | — |
| 1997 | 146.971 | — |
| 1998 | 148.751 | — |
| 1999 | 165.946 | — |
| 2000 | 192.422 | 99,03 |
| 2001 | 208.695 | 98,69 |
| 2002 | 224.419 | 98,52 |
| 2003 | 239.858 | 98,46 |
| 2004 | 282.080 | 98,37 |
| 2005 | 299.605 | 98,24 |
| 2006 | 322.600 | 98,36 |
| 2007 | 331.642 | 98,43 |
| 2008 | 359.160 | 98,45 |

Fuente: Elaboración por parte del Instituto de la Mujer a partir de datos del Instituto Nacional de Seguridad Social.

TABLA 3
Disfrute de excedencias por cuidado de hijos en España.

| Año | Total | % madres |
|------|--------|----------|
| 2000 | 8.339 | 96,02 |
| 2001 | 10.163 | 96,43 |
| 2002 | 12.694 | 96,16 |
| 2003 | 13.879 | 96,38 |
| 2004 | 16.963 | 96,34 |
| 2005 | 18.942 | 95,23 |
| 2006 | 20.225 | 95,33 |
| 2007 | 32.983 | 94,06 |
| 2008 | 28.742 | 94,40 |

Fuente: Elaboración por el Instituto de la Mujer a partir de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social.

A todo ello cabe añadir el elevado número de personas que desearían trabajar (o trabajar más de lo que lo hacen) y que no pueden por sus cargas familiares, así como el elevado número de padres que deben hacer uso de servicios de cuidado de hijos (cuidadoras, guarderías, etc.), generalmente para poder acudir a sus puestos de traba-

jo. En 2005, los datos para los distintos países de la UE (con la excepción de Estonia, Irlanda y Luxemburgo, que no proporcionaron datos para la encuesta) eran:

TABLA 4
Número de personas que en cada país de la UE usan servicios de cuidado de niños y de personas que desearían trabajar o trabajar más.

| | Número de padres trabajadores que usan servicios de cuidado de niños | Número de personas que desean trabajar o que desearían trabajar más |
|-------------|--|---|
| Alemania | 10597 | 1132 |
| Austria | 1207 | 165 |
| Bélgica | 1554 | 307 |
| Bulgaria | 909 | 173 |
| Chequia | 1441 | 244 |
| Chipre | 137 | 26 |
| Dinamarca | 987 | 672 |
| Eslovaquia | 739 | 228 |
| Eslovenia | 185 | 51 |
| España | 6291 | 1305 |
| Estonia | No responde | No responde |
| Finlandia | 846 | 293 |
| Francia | 9398 | 2856 |
| Grecia | 1426 | 333 |
| Holanda | 2610 | 392 |
| Hungría | 1200 | 493 |
| Irlanda | No responde | No responde |
| Italia | 7689 | 1231 |
| Letonia | 312 | 106 |
| Lituania | 580 | 115 |
| Luxemburgo | No responde | No responde |
| Malta | 59 | 1 |
| Polonia | 5251 | 984 |
| Portugal | 1828 | 620 |
| Reino Unido | 8127 | 1447 |
| Rumania | 3184 | 318 |
| Suecia | 1550 | 685 |

* Los números, en miles.

Fuente: Elaboración propia con datos del Final Report to the 2005 LFS ad hoc module, EUROSTAT, 2007.

Estos datos llevan a plantearnos cómo hacen hombres y mujeres para conciliar su vida profesional y familiar, si dejan de trabajar para criar a sus hijos o si, en lugar de abandonar el mercado laboral, son más los que optan por cambiar un trabajo a tiempo completo por un trabajo a tiempo parcial, así como si hay diferencias entre hombres y mujeres a este respecto.

A la vista de los datos, cabe plantearse también hasta qué punto los ciudadanos de la UE participan en el mercado laboral tanto como querrían y en el caso de que la respuesta sea negativa, si las razones están relacionadas con la ausencia de servicios de cuidado de niños de calidad, la inflexibilidad de los empresarios para aceptar medidas de conciliación, la rigidez de la normativa nacional o a los prejuicios sobre la capacidad de los padres/madres para cumplir con sus obligaciones laborales del mismo modo que un trabajador/a sin hijos¹.

En las páginas siguientes vamos a analizar cuál ha sido la respuesta de la institución judicial de la UE a estas preguntas. Será la respuesta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)² una respuesta casuística, como no podría ser de otro modo. La labor realizada por el TJCE a favor de la conciliación laboral y familiares es casuística *per se*. No estamos ante un órgano legislativo que apruebe medidas generales destinadas a facilitar que los padres puedan trabajar y cuidar de su familia al mismo tiempo. Estamos ante una institución jurisdiccional que lo que hace es dirimir asuntos que le son presentados y en los que se alega una supuesta violación del Derecho Comunitario. El TJCE ni ha tenido la oportunidad, ni nunca la tendrá, de plantearse en abstracto qué medidas se podrían arbitrar en la UE para facilitar que en las familias se pueda compaginar la vida profesional y el cuidado de los hijos y del hogar. Ciertamente, la UE se ha dotado de normas para hacer posible la conciliación de la vida de familia y la vida laboral (a través de la Comisión, del Consejo y del Parlamento Europeo), y son precisamente esas normas las que el TJCE estudia y analiza cuando se le somete un caso judicial. Pero el TJCE no tiene la oportunidad de establecer medidas de conciliación, ni tampoco tiene posibilidad de llevar a cabo o construir una teoría general sobre la necesaria promoción de la conciliación laboral y familiar y la protección de la maternidad. El TJCE lo que hará en todo caso será estudiar la adecuación entre el comportamiento sometido a juicio y el Derecho Comunitario. Por eso sus pronunciamientos, aunque abundantes, pecan de excesivamente casuísticos y quizá resulten algo deslavazados.

2. LA CONCILIACIÓN PROFESIONAL Y FAMILIAR

Se puede decir es que en la mayoría de las ocasiones en las que se ha sometido a juicio un asunto relacionado con la conciliación profesional y familiar o sobre las

¹ EUROSTAT: *Reconciliation between work and family life. Final report*, 2007.

² La denominación del Tribunal de Justicia de las CCEE ha pasado a ser la de Tribunal de Justicia de la UE tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. No obstante, y dado que toda la jurisprudencia utilizada es previa a esta entrada en vigor, se usará en este artículo la denominación de TJCE.

trabajadoras que son madres, el TJCE se ha mostrado como un tribunal pro-conciliación y pro-maternidad. Por lo general, ha velado por hacer factible a los padres su doble labor como progenitores y como profesionales. Para que el TJCE se ocupe de un asunto, es necesario que éste tenga nexo comunitario. El TJCE no acepta asuntos en temas que no sean de su competencia. Es necesario que compruebe que hay una norma de la UE que sea de aplicación al caso. Pero lo cierto es que en el caso de padres trabajadores (sobre todo madres) que se sientan discriminados o que consideren que sus derechos a fundar y a cuidar de su familia han sido violados, el TJCE, con relativa facilidad, considera que el asunto es de su competencia, puesto que existe normativa ya desde el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) en su versión original de 1957 que prohíbe la discriminación en el trato entre trabajadores y trabajadoras³.

En relación con el acceso de los padres (y sobre todo de la mujer-madre) al mercado laboral en igualdad de condiciones y el de la conciliación profesional y familiar, los jueces de Luxemburgo han ido realizando, sentencia a sentencia, una construcción valiente y avanzada de defensa a ultranza de la incorporación de la mujer al mundo laboral y de conciliación profesional y familiar. Esta jurisprudencia tiene un marcado carácter progresista, porque partiendo de la exigua base que constituía el antiguo art. 119 TCE (que posteriormente fue re-enumerado como art. 141⁴) se ha asegurado desde el comienzo de la andadura de las Comunidades Europeas una protección suficiente y eficaz de la mujer trabajadora en aquellos ámbitos que son de competencia comunitaria. La jurisprudencia comunitaria ha tenido un sesgo ejemplificante, de modernidad y de lucha contra la discriminación que históricamente ha padecido la mujer en el ámbito laboral.

El TJCE ha fundamentado jurídicamente sus pronunciamientos en el art. 119 TCE, dentro del capítulo 1 (Disposiciones sociales) del Título XI, relativo a la Política social, de educación, de formación profesional y de juventud, que establece la exigencia de igualar la retribución de hombre y mujer por un trabajo realizado de igual valor, y en sus artículos conexos (116 y ss.). Sin embargo la protección que ofrecía el art. 119 resultaba limitada en exceso a lo que era el terreno puramente retributivo. Por ello, el TJCE hizo de él una interpretación amplia y extensiva en

³ TORNOS MARTÍN, T. (2005): "De la imposible conciliación a los continuos malos arreglos", en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n. 23, pp. 15-34; ÚBEDA DE TORRES, A. (2002): "El Principio de Igualdad de Trato y la Prohibición de Discriminación por Razón de Sexo a la Luz de la Jurisprudencia del TJCE", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, pp. 171-203; BOCH, C. (1998): "Official: During Pregnancy, Females are Pregnant", en *European Law Review*, n. 23, pp. 215-280; CARACCILO DI TORELLA, E.; MASSELOT, A. (2001): "Pregnancy, Maternity and the Organisation of Family Life: An Attempt to Classify the Case Law of the Court of Justice", en *European Law Review*, n. 26, pp. 239-260; CARACCILO DI TORELLA, E. (1998): "Maternity and Equal Treatment", en *European Law Review*, n. 23, pp. 165-170.

⁴ POLLACK, M.; HAFNER-BURTON, E. (2000): "Mainstreaming Gender in the European Union", *Harvard Jean Monnet Working Papers*, 2/00; HOPPE, T. (2002): "La Protection contre la Discrimination Sexuelle à l'Embauche en Europe", en *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, tomo LXXIX, pp. 32-55; BIGOT, A. (2003): "La Responsabilité Parentale après Désunion du Couple en Europe", en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n. 465, pp. 111-119.

sus sentencias. En virtud de esta interpretación, entendió que la discriminación estaba prohibida en el ámbito laboral en general, no sólo en materia de salarios. Y esa interpretación amplia realizada por el TJCE se vio recogida en el TCE tras su reforma de Ámsterdam, que entró en vigor el 1 de Mayo de 1999. El Tratado de Ámsterdam revisa el tenor del art. 119 (y lo re-enumera como art. 141) y de todas sus disposiciones conexas. Desde esa fecha el TCE, a través de sus artículos 2, 3, 13, 137 y 141 no sólo vela porque no se produzcan discriminaciones por razón de sexo en el ámbito laboral, sino en cualquier otro ámbito que quede sujeto a competencia comunitaria. Conviene añadir que el Tratado de Niza de diciembre de 2000 no varió en nada la normativa en la materia.

Pero en la jurisprudencia comunitaria no sólo se invocan las disposiciones de los tratados constitutivos, es decir, el derecho originario de la Unión. La jurisprudencia comunitaria también se fundamenta jurídicamente en el derecho derivado de las CCEE, y en concreto, en las normas jurídicamente vinculantes que las instituciones han adoptado en materia de igualdad de oportunidades y política social, especialmente algunas Directivas.

Si ya de por sí la femineidad constituye históricamente un factor discriminatorio en el terreno laboral, lo cierto es que la maternidad exacerba esta realidad y convierte a la mujer en un ser especialmente vulnerable. El embarazo a menudo es visto por los empresarios como motivo seguro de absentismo laboral, peor condición física y aptitud para el trabajo, así como eventual causa de enfermedades. Esta actitud no favorece en nada la entrada de la mujer en el mundo del trabajo en pie de igualdad. Junto a la femineidad, el tener cargas familiares en general (tanto si se es varón como si se es mujer, pero sobre todo en éste último caso) es otro de los factores que históricamente determinan una desigualdad de trato no justificada en el mundo laboral. La familia parece que sea incompatible con el trabajo, o por decirlo más claramente, existen prejuicios sobre si quien tiene que llevar adelante una familia está capacitado/a para cumplir a la vez las responsabilidades y funciones que se derivan del desempeño de una actividad laboral.

El TJCE ha dedicado especial atención —con los instrumentos jurídicos que le ha proporcionado el Derecho Comunitario— a combatir los casos que se le han presentado en favor de los derechos de las mujeres trabajadoras que van a ser madres o ya lo son, así como los casos de discriminación de los padres que trabajan. Esta jurisprudencia, a su vez, la podemos clasificar en varios apartados según el motivo por el que se produzca la discriminación (discriminación en la retribución del trabajo, en las oportunidades de promoción profesional y en las condiciones laborales).

3. LA RETRIBUCIÓN SALARIAL

Uno de los ámbitos en los que resulta necesario comprobar si se facilita la conciliación laboral y familiar es en los aspectos retributivos de las mujeres que están en

baja de maternidad o de los padres que optan por tomarse una excedencia o permiso por crianza a fin de dedicar más tiempo a sus hijos durante sus primeros años. Toda medida que perjudique a las personas que se encuentren en esa situación en su salario o en sus derechos retributivos en general, y que no esté justificada, será una medida anti-conciliación. Los recortes retributivos injustificados disuaden a los trabajadores que deseen formar una familia, castigándoles por su decisión. Además, violan las normas básicas del ordenamiento comunitario, como el principio de igual salario para trabajo de igual valor combinado con el principio de no discriminación por razón de sexo⁵.

Uno de los casos más claros de discriminación se produjo en el asunto *Joan Gillespie y otras / Northern Health and Social Service Board* C-342/93 de 13 de febrero de 1996, relativo a 17 demandantes en baja de maternidad. En él, el TJCE estimó que se había producido discriminación de las empleadas demandantes porque se les excluyó de un aumento general de sueldos que fue pactado por la empresa durante su baja de maternidad (punto 22). De haber estado trabajando durante esos meses, sin duda se hubieran beneficiado del incremento, por lo que denegárselo se antojaba como una especie de castigo por estar ausentes del puesto de trabajo en esas fechas. Dado que sólo las mujeres pueden dar a luz y beneficiarse de una baja de maternidad para recuperarse, un aumento de sueldo que no tenga en cuenta a las trabajadoras que se encuentran en esta circunstancia supone una discriminación directa hacia la mujer ya que a un varón nunca le podrá ocurrir esta situación.

En cambio, el TJCE no ha considerado opuesta al Derecho Comunitario una medida por la que el empresario otorga una retribución adicional a las trabajadoras que, tras su baja de maternidad, decidan reincorporarse a su puesto de trabajo. La atípica medida dio lugar al caso *Margaret Boyle y otras/Equal Opportunities Commission* C-411/96 de 27 de octubre de 1998. El asunto fue planteado ante los tribunales ingleses por una serie de trabajadoras, que mostraban su desacuerdo por una decisión de la empresa por la que a las trabajadoras en baja de maternidad se les abonaba una gratificación extraordinaria, además de su prestación de maternidad, con el fin de incentivarlas para que volvieran al trabajo una vez finalizase su baja. Si finalmente la trabajadora decidía no reincorporarse, debía devolver la cantidad extra recibida. Las demandantes estaban en contra de esa devolución, que consideraban discriminatoria por razón de sexo. Sin embargo el TJCE no lo vio así. El Derecho Comunitario sólo obliga a que la prestación de maternidad sea adecuada, lo cual significa que garantice unos ingresos equivalentes como mínimo a

⁵ Sobre la igualdad en materia de retribución se puede consultar: ELLIS, E. (1998): "Recent Developments in European Community Sex Equality Law", en *Common Market Law Review*, n. 35, pp. 392-395; ELLIS, E. (2000): "The Recent Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality", en *Common Market Law Review*, n. 37, pp. 1403-1426; MANCINI, G.; O'LEARY, S. (1999): "The New Frontiers of Sex Equality Law in the European union", en *European Law Review*, n. 24, pp. 331-352; MCGLYNN, C; FARRELLY, C. (1999): "Equal Pay and the Protection of Women within Family Life", en *European Law Review*, n. 24, pp. 202-207.

los que recibiría la empleada en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud. Pero el Derecho Comunitario no obliga a abonar un sobresueldo. Si la empresa voluntariamente ofrece una prestación económica adicional a condición de que la trabajadora se comprometa a reincorporarse tras la baja de maternidad, eso es un plus que en nada resulta discriminatorio ni rebaja la prestación a niveles inadecuados. Es más, una medida como ésta se antoja como una medida que pretende facilitar la conciliación laboral y familiar. El empresario premia a la mujer que opta por seguir trabajando, con lo cual demuestra el interés que tiene en mantener a su personal y el valor que otorga a la conservación de su plantilla, incluso de las trabajadoras que hayan sido madres. Con esto demuestra no tener prejuicios relativos a una eventual peor disponibilidad de la mujer que ha tenido un hijo hacia su trabajo.

La sentencia al caso *Alasabaster/Woolwich PLC, Secretary of State for Social Security* C-147/02 de 30 de marzo de 2004, nos sitúa ante una disputa por el modo de cálculo en la prestación de maternidad. Nos encontramos con una mujer trabajadora que recibe un aumento de salario quince días antes de iniciarse su baja de maternidad pero que no ve reflejo de ese aumento en su prestación económica de maternidad. El TJCE, consciente de que la prestación que el empresario abona en virtud de disposiciones legislativas o de convenios colectivos a las trabajadoras durante su permiso de maternidad forma parte de su retribución, entiende que el incremento salarial debe ser incluido entre los elementos de su salario a la hora de calcular la percepción abonada por el empresario. Excluir a la trabajadora del mencionado aumento constituye una discriminación puesto que si no hubiese sido madre, la mujer habría recibido el salario incrementado.

Por su parte, la sentencia *Karin Mau/Bundesanstalt für arbeit* de 15 de mayo de 2003 C-160/01 no dio la razón a la demandante, trabajadora de una empresa que se declara insolvente durante la baja de maternidad de la empleada. Ésta reclamaba la misma indemnización por insolvencia que el resto de sus compañeros había cobrado de la administración en concepto de salarios impagados por el empresario. En este caso, la reclamación de la demandante no se justificaba, puesto que la indemnización por insolvencia del empresario tiene como objetivo compensar a los trabajadores que no han cobrado sus salarios durante varios meses. Esta circunstancia de impago no ocurrió con la demandante, puesto que antes del parto estuvo de baja por enfermedad y cobró del seguro de enfermedad —mientras sus colegas no cobraban el salario— y durante la baja de maternidad cobró la prestación de maternidad.

Hasta ahora hemos estudiado problemas relacionados con la retribución de la trabajadora que está en baja de maternidad, y cómo la discriminación de la mujer en este campo puede tener un impacto grave en su posibilidad de conciliar su nueva vida como madre y su vida laboral. Pero también existen casos interesantes que se refieren a trabajadoras que ya no están en período de baja de maternidad y que sufren discriminaciones en sus condiciones retributivas por ser madres y/o por decidir tomar una excedencia para el cuidado de sus hijos pequeños. Entre ellas,

destaca la sentencia a los casos *Hoever y Zachow / Land Nordrhein Westfalen* C-312/94 de 10 de octubre de 1996. Ambas demandantes basan su reclamación en el derecho a percibir beneficios sociales. Y en ambas, se trata de trabajadoras con empleos, llamados, menores (de menos de 15 horas semanales de trabajo). Y en ambas, se trata situaciones de trabajadores fronterizos, que prestan sus servicios en Estados en los que no residen. La regla comunitaria en esta materia es no discriminar a estos trabajadores en cuanto a las ventajas sociales. De otro modo, no se estaría facilitando la libertad de circulación y se violaría el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

Las demandantes, dos mujeres alemanas que trabajan en Alemania pero residen en los Países Bajos junto con sus familias, reclamaron al gobierno alemán del *lander* que les concediera la ayuda que éste otorga a las trabajadoras a tiempo parcial (prestación de crianza). La finalidad de la prestación de crianza es permitir que uno de los padres se dedique a la educación de los hijos de corta edad y, más en concreto, retribuir la educación que se da al hijo, compensar los demás gastos de custodia, así como, en su caso, atenuar los inconvenientes económicos que implica la renuncia a unos ingresos obtenidos en una actividad en jornada completa. En otras palabras, se trata de una medida de política social tendente a compensar a aquella familia en la que uno de los progenitores renuncie a un trabajo y a un salario en jornada completa por dedicar más tiempo a criar a sus hijos. El organismo correspondiente denegó a ambas la ayuda por dos motivos. El primero, porque su jornada laboral en Alemania se le antojó de tan poca entidad que en su opinión no merecería la consideración de trabajo a tiempo parcial. El segundo, por residir en los Países Bajos.

El TJCE detectó una discriminación encubierta o indirecta hacia la mujer y ello pese al dato objetivo de que, en principio, carece de importancia cuál de los dos progenitores sea el que renuncie a su trabajo a tiempo completo y solicite la prestación por crianza. Habitualmente es el trabajo de la mujer el que suele ceder cuando una familia opta porque uno de los progenitores renuncie a su jornada completa con el fin de ocuparse de los hijos. Y en tales casos el horario de trabajo que busca la mujer intenta dejar un margen de tiempo libre amplio que sea compatible con sus obligaciones domésticas. Por tanto, denegar este tipo de ayudas por considerar que el trabajo no es de suficiente entidad significa tanto como dar carta blanca a la discriminación de la mujer, que es quien en más ocasiones se encuentra habitualmente en esta tesitura. Del mismo modo, denegar la ayuda por el hecho de que la trabajadora resida en otro país comunitario es una discriminación, un mero pretexto para no otorgar la ayuda a la mujer y además es contrario al principio de libre circulación porque podría disuadir al trabajador comunitario de ejercer su derecho de libre residencia. Por tanto, el TJCE estatuyó que ambas tenían derecho a esta prestación para completar su retribución y compensar así su decisión de dedicar más tiempo al cuidado de los hijos.

En la sentencia *Jennifer Meyers/Adjudication Officer* de 13 de Julio de 1995, C-116/94, el TJCE se enfrenta a las especiales dificultades con las que se encuentran

las cabeza de familia monoparentales. La institución nacional a debate era también una ayuda social que el Estado (en este caso, el Reino Unido) otorga a las familias trabajadoras con escasos ingresos con el fin de completar los recursos de los trabajadores de bajos salarios con hijos a su cargo. Este tipo de ayuda, el *family credit*, se añade al sueldo de la persona. La Sra. *Meyers*, cabeza de familia monoparental y trabajadora, solicitó dicha ayuda para ella y su hija de tres años. Dicha solicitud fue desestimada porque sus ingresos sobrepasaban el importe que daba derecho a percibirla. La demandante consideró que la situación de las familias tradicionales no era la misma que las de las familias monoparentales a efectos de la concesión del *family credit*. Al tratarse de una mujer sola con hijo a cargo, debía detraer de su sueldo una importante suma de dinero para pagar los gastos de guardería de su hija. Descontando esos gastos de guarda de sus ingresos netos, la demandante sí hubiera tenido derecho a dicha prestación económica. Por consiguiente, llevó el asunto ante el tribunal ordinario. En su opinión, el no deducir los gastos de guarda de los niños a efectos del cálculo de su ingreso neto constituye una discriminación contra el cabeza de familia monoparental, puesto que es mucho más fácil para las personas que viven en pareja organizar entre sí sus horarios de trabajo de modo que una de ellas pueda cuidar de los hijos. En la medida en la que la mayoría de los cabeza de familia monoparental son mujeres, ello constituye, a su juicio, una discriminación indirecta contra las mujeres contraria al Derecho Comunitario y, en concreto, a la Directiva 76/207. El tribunal ante el que se estaba dilucidando el caso, sensible hacia el punto de vista de la demandante pero confuso sobre el alcance de la Directiva, preguntó al TJCE si estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la citada Directiva una prestación como la del *family credit*.

El TJCE finalmente entendió que esta institución desempeña un doble papel: mantener en activo a ciertos trabajadores mal remunerados y compensar las cargas familiares. Consideró que el *family credit* entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva porque guarda relación con consideraciones de acceso al empleo. Para llegar a esa conclusión, aclara que el acceso al empleo no se refiere únicamente a las condiciones existentes antes de que nazca una relación laboral, porque, como ocurre en este caso, la perspectiva de percibir un *family credit* en caso de aceptar un empleo con bajo salario puede incitar al trabajador en paro a aceptar dicho puesto de trabajo. En consecuencia, al *family credit* le es de aplicación las consideraciones sobre igualdad de trato que establece la Directiva.

La siguiente sentencia relativa a aspectos retributivos se ocupa, en concreto, del importe de una indemnización por extinción del contrato de trabajo. Se trata del caso *Gabrielle Gruber/Silhouette International Schmied GmbH* C-249/97, de 14 de Septiembre de 1999. Los hechos que motivaron el caso son los siguientes: una mujer austriaca se vio obligada a dejar su trabajo dada la ausencia que hay en su país de guarderías para niños. La legislación laboral austriaca prevé una serie de casos en los que se ha de indemnizar al trabajador que de por terminada su relación laboral cuando la ley considera que hay una “causa justa” para ello (malos tratos, injurias y cualquier otro tipo de comportamiento ilícito o contrario a las buenas

costumbres por parte del empresario, negativa del empresario a pagar el salario convenido o problemas de salud del trabajador). Así, existirían unas causas justas tasadas para recibir una indemnización sustanciosa en caso de abandono del puesto de trabajo. Pero la legislación también prevé una indemnización inferior para quien deje su trabajo por causa de maternidad. La demandante consideraba que tenía derecho a una indemnización superior a la correspondiente al simple abandono de trabajo por maternidad, porque en caso contrario, la norma interna no habría sido sensible a uno de los motivos por los que habitualmente más mujeres austriacas dejan de trabajar fuera del hogar, a saber, la inexistencia de guarderías para niños menores de tres años.

El TJCE en su sentencia afirma que la indemnización por extinción del contrato de trabajo forma parte del concepto de retribución en el sentido del art. 119 TCE. También mantiene que en este caso no existe una discriminación directa hacia el sexo femenino, puesto que la indemnización inferior que reciben los trabajadores que ponen fin a su relación laboral a raíz del nacimiento de un hijo se lleva a cabo en idénticas condiciones para los trabajadores y para las trabajadoras. Tampoco aprecia que exista una discriminación indirecta de la mujer. En su opinión, los grupos que hay que comparar para comprobar si ha habido discriminación no son los que plantea la demandante (es decir, las trabajadoras que ponen fin a su relación laboral por razón de maternidad, por un lado, y los trabajadores que le ponen fin por una causa justa, por otro) sino, por un lado, las trabajadoras que ponen fin a su relación laboral por razón de maternidad y, por otro, los trabajadores que le ponen fin por motivos personales (estos últimos no reciben ninguna indemnización).

El TJCE ha tenido la ocasión de referirse de nuevo al régimen de trabajo en Austria y la carencia de guarderías en la sentencia al caso *Osterreichischer Gewerkschaftsbund/Wirtschaftskammer Österreich* C-220/02 de 8 de junio de 2004, sobre la reivindicación de la igualdad en la indemnización por despido entre los trabajadores masculinos y femeninos. En Austria, una vez terminada la baja de maternidad, la madre o el padre tiene derecho a acogerse a un período de excedencia sin percepción de emolumentos hasta que su hijo alcance dos años de edad. Pero dicho período no es computado a efectos del cálculo de la cuantía de la indemnización por despido, mientras que sí que se computan para ese mismo cálculo los períodos de servicio militar o servicio civil sustitutorio hasta un total de 8 meses. Dado que la cantidad que se perciba como indemnización por despido debe ser considerada como parte de la retribución del asalariado, que el 95% de los padres que voluntariamente deciden tomar una excedencia para el cuidado de hijos son mujeres y que, sin embargo, quienes realizan la prestación militar o civil son varones, cabe plantearse si ambas situaciones son comparables y, si lo son, si encubren una discriminación hacia la mujer en cuanto a su retribución.

El TJCE entendió que ambas situaciones no son comparables. La excedencia en el cuidado de hijos es voluntaria, por mucho que pueda estar justificada por la ausencia de guarderías. En cambio, la prestación de un servicio nacional responde a una obligación prevista por la ley y no obedece a ningún interés particular del tra-

bajador. Además, el recluta es puesto al servicio de las fuerzas armadas en un período que no elige él mismo. En virtud de lo que antecede, ni el art. 141 TCE ni la Directiva 75/117 se oponen a que en el cálculo de la indemnización por despido se computen, a efectos de la duración del empleo, los períodos de prestación del servicio militar o el servicio civil sustitutorio, efectuados mayoritariamente por hombres, pero que no se computen los períodos de excedencia por cuidado de hijos a la que se acogen fundamentalmente las madres.

El TJCE, en la sentencia *Evangelina Gómez-Limón/INSS y Alcampo S.A.* C-537/07 de 16 de julio de 2009, entendió que el Derecho Comunitario no se opone a que se tenga en cuenta a la hora de calcular la pensión por incapacidad permanente de un trabajador, la circunstancia de que ha disfrutado de un permiso parental a tiempo parcial durante el que ha cotizado y adquirido derechos de pensión en proporción al salario percibido. Los datos que dieron lugar a la sentencia fueron los siguientes: la demandante, trabajadora de una gran superficie, tras 5 años de trabajo a jornada completa, solicitó una reducción de jornada por guarda legal de un hijo menor de 6 años, con la consiguiente reducción en un tercio de su jornada laboral y de su sueldo. Tras al menos dos años en esta situación, se le reconoció una incapacidad permanente debida a enfermedad común que dio lugar a una pensión de incapacidad. En el cálculo de la pensión se tuvo en cuenta la minoración de su sueldo y de sus cotizaciones a la seguridad social fruto de su permiso parental voluntario. Ella consideraba que el cálculo se debía haber hecho sobre la base del importe de las cotizaciones correspondientes a la jornada completa que había tenido antes de acogerse a la reducción de jornada. En su opinión, de otro modo se discriminaba y se disuadía a cualquier trabajadora que fuera madre de tomarse un permiso parental. Sin embargo, el TJCE consideró que no existía discriminación directa (puesto que también los padres se pueden acoger al permiso parental con idéntico resultado de cara al cálculo de sus pensiones). Y tampoco discriminación indirecta, puesto que aunque haya más mujeres que hombres que se acojan a su derecho a permiso parental, el trabajador que disfruta de un permiso parental se encuentra en una situación específica que no se puede asimilar ni a la de un hombre ni a la de una mujer que trabajen a tiempo completo, de modo que se adquirirán derechos en función del trabajo efectuado y del salario percibido.

En conclusión, el TJCE con toda su jurisprudencia sobre la retribución de los trabajadores que son padres (centrada en las trabajadoras que son madres, que son quienes han presentado recursos) ha intentado siempre evitar la discriminación y favorecer la conciliación. El TJCE procura plantear claramente desde el principio cuáles son los colectivos que deben ser objeto de comparación para saber si su situación de partida es la misma, si alguno de estos colectivos ha sufrido una discriminación o si ha sido perjudicado de modo directo o indirecto.

4. LA PROMOCIÓN PROFESIONAL

El hecho de intentar compaginar vida profesional y familiar puede suponer un perjuicio para la mujer en su legítima aspiración de ascender en su trabajo⁶. Si tal es el caso, el Derecho Comunitario se opondrá a esa situación por ir en contra de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo. Ante trabajo de igual valor, duración y salario, las posibilidades de promoción profesionales deben ser las mismas y no deben castigar a la trabajadora que es madre o al padre/madre que intenta compaginar trabajo y familia. Existe un argumento moral para ello, otro jurídico y otro más utilitarista. El moral, es la igual dignidad de hombres y mujeres. El jurídico, es la necesidad de tratar las situaciones similares de igual modo y compensar a la trabajadora que es madre de las desventajas que le acarrea el ser la única portadora de otro ser humano en su seno. El argumento utilitarista consiste en que si no se le compensa a la mujer por las desventajas que sufre en su vida profesional, muchas de ellas optarán por no ser madres con el subsiguiente descenso de la natalidad, mientras que otras optarán por ser madres y no incorporarse al mercado laboral, con la subsiguiente pérdida de capital humano para el mercado laboral. Sólo las mujeres pueden parir y mientras dure su embarazo y su baja de maternidad, sólo ellas pueden ser perjudicadas por una falta de ascenso profesional debido a su estado. Pero una vez transcurrido este período, tanto el padre como la madre pueden verse perjudicados en sus expectativas de promoción profesional por solicitar una reducción de jornada, una excedencia o un período de permiso parental.

En el asunto *Thibault* (sentencia *Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse des Travailleurs Salariés/Evelyne Thibault* de 30 de Abril de 1998, C-136/95), se plantea la situación de la trabajadora que, por ejercer su derecho al descanso por maternidad, comprueba que pierde una promoción en su trabajo⁷. La demandante fue contratada y posteriormente ascendida en 1983. Durante el año de su ascenso, estuvo ausente por enfermedad en tres ocasiones. La baja de enfermedad de la última de estas tres ocasiones finalizó con el comienzo de su baja por maternidad. Basándose en el reglamento de la mutualidad para la que trabajaba, la empresa se negó a calificar a la Sra. *Thibault* en relación con el año 1983. Según la mutualidad, la afectada no reunía los requisitos exigidos, a saber, seis meses de presencia activa en la empresa. En realidad, durante 1983, estuvo presente durante unos 5 meses. La afectada presentó una demanda ante el tribunal competente. En apoyo de sus tesis, invocó la Directiva 76/207 ya que en su opinión, prohibía privar a una mujer del derecho a ser calificada y, por tanto, de poder beneficiarse de una promoción

⁶ SANZ CABALLERO, S. (2004): "Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres", en *Discriminación versus diferenciación*, RIDAURA, M. J. y AZNAR, M. (coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 265-364.

⁷ Similar a este asunto es el caso *Land Brandenburg/Ursula Sass* de 18 de noviembre de 2004 C-284/02, en el que se descuenta a efectos de promoción profesional el tiempo en que la trabajadora estuvo en baja de maternidad.

profesional, por haber estado ausente de la empresa debido a un permiso de maternidad.

El TJCE fue receptivo a tal argumentación, entendiendo que el principio de no discriminación exige que la trabajadora, que en virtud del contrato de trabajo sigue estando vinculada al empresario durante su permiso de maternidad, no se vea privada de sus condiciones de trabajo, que se aplican tanto a los trabajadores de sexo femenino como a los de sexo masculino y que derivan de dicha relación laboral. Privar a una trabajadora del derecho a ser objeto de una calificación anual la discriminaría en su condición de trabajador, puesto que, de no haber estado encinta y de no haber hecho uso del permiso de maternidad (al que tenía derecho) habría sido calificada respecto del año de referencia y, por consiguiente, habría podido beneficiarse de una promoción profesional. El TJCE adopta este punto de vista, entre otras razones, porque de otro modo se disuadiría a las trabajadoras de tomar su permiso de maternidad, por el temor a perder la oportunidad de ser promovidas. El comportamiento del empresario que priva a una mujer que se ausenta por embarazo y por permiso de maternidad de una promoción profesional, constituye una discriminación basada en el sexo y prohibida por la Directiva.

Pero la desigualdad de trato en las posibilidades de promoción de las trabajadoras madres no se limita a las mujeres que están en baja de maternidad, sino que continúa muchas veces después de ese período. Uno de los escollos laborales que con más frecuencia se le presenta a la mujer trabajadora con cargas familiares es precisamente su dificultad para prosperar dentro de la empresa en la que trabaja. Resulta especialmente problemático para la mujer conseguir una promoción interna cuando ha de dedicar parte de su tiempo a la crianza de sus hijos. Esto queda patente en el caso C-1/95 *Hellen Gerster/Freistaat Bayern* de 2 de octubre de 1997⁸.

En este caso nos encontramos con una funcionaria alemana que cuando fue madre decidió pasar de estar en jornada completa a estar a media jornada. En un concurso de méritos, vio cómo se le descontaba todo el nuevo período en el que había estado a tiempo parcial de su cómputo de antigüedad, lo cual le impidió acceder a un puesto superior. El TJCE no apreció que existiera una discriminación directa ya que el método de cálculo de la antigüedad de los trabajadores a tiempo parcial se aplicaba por igual a trabajadores masculinos y femeninos. Sin embargo la medida, pese a su formulación neutra, perjudicaba a un número muy superior de mujeres que de hombres. No en vano, son en su mayoría mujeres (en un 87%) quienes optan por el trabajo a tiempo parcial en la administración alemana con el fin de compaginar sus tareas como trabajadoras y como madres. A este dato objetivo, el TJCE añadió la consideración de la necesidad de proteger a la mujer en la vida familiar y al mismo tiempo en el desarrollo de su actividad profesional. Esto se constituye en un principio que es el corolario natural de la igualdad entre hombre y mujer que el Derecho Comunitario reconoce. De ello se deriva la oposición del Derecho Comu-

⁸ Similar a este asunto es el caso C-243/95 *Kathleen Hill / The Revenue Commissioners, Department of Finance* de 17 de Junio de 1998.

nitario a una norma nacional que prevea, para el cálculo de la antigüedad de los funcionarios, criterios que discriminen en la práctica a las mujeres.

5. OTRAS CONDICIONES LABORALES

Qué duda cabe que la desigualdad de trato de la persona que intenta conciliar trabajo y familia puede surgir respecto a otras muchas condiciones y situaciones laborales que no son estrictamente ni una eventual reducción de salario, ni la promoción profesional⁹. La desigualdad de trato que perjudica la conciliación o la maternidad puede surgir por la denegación de vacaciones pagadas, por las modificaciones en el permiso para cuidado de hijos, o por la denegación de una baja de maternidad, entre otros motivos. Sobre todas estas situaciones ha tenido ocasión de pronunciarse el TJCE.

La discriminación de la mujer en baja de maternidad se produce también en otros campos y condiciones de trabajo, como pueda ser su derecho a vacaciones anuales pagadas. Éstos son los antecedentes del caso *María Paz Merino Gómez/Continental Industrias del Caucho, S. A.* C-342/01 de 18 de marzo de 2004, relativo a una mujer en baja de maternidad a la que, en aplicación del convenio colectivo vigente, se le negó la posibilidad de disfrutar de vacaciones pagadas tras el período de baja maternal. Se alegaba desde la empresa que el convenio establecía que todos los trabajadores disfrutarían de sus vacaciones en una época del año que, lamentablemente para la demandante, coincidía con una parte del tiempo en el que la demandante disfrutó de su permiso de maternidad.

Sin embargo, el TJCE dio la razón a la demandante, al entender que el objetivo de las vacaciones anuales es diferente de los de la baja de maternidad (el descanso del personal, en el primer caso, y la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste y las peculiares relaciones entre la mujer y el hijo durante el período que sigue al parto, en el segundo caso). Admitir el solapamiento de ambos períodos de descanso supondría la anulación de uno de ellos, en este caso, del disfrute de vacaciones anuales. Dado que el Derecho Comunitario pretende una igualdad material y no meramente formal, el embarazo y la maternidad no deben dar lugar a un trato desfavorable en lo que respecta a las condiciones de trabajo. De ello se desprende que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto al de su permiso de maternidad, y ello aunque esta conclusión vaya en contra de un convenio colectivo, puesto que los convenios colectivos también están sometidos a la normativa comunitaria.

⁹ ANXO, D.; FAGAN, C.; CEBRIÁN, I.; MORENO, G. (2006): «Patterns of Labour Market Integration in Europe», en *Socio-Economic Review*, vol. 5, n. 2, pp. 233-260; GAROFALO, M.R.; MARRA, M. (2008): «Work-life Reconciliation Policies from Well-Being to Development: Rethinking EU Gender Mainstreaming», en *MPRA Papers*, n. 9598. LEON BORJA, M. (2002): «Reconciling Work and Family Impact on Gender Equality», en *EUI Working Papers RSC*, 2002/41.

El asunto Sari Kiiski/Tampereen C-116/06 de 20 de septiembre de 2007 se ocupa de la denegación por parte del empleador (un centro educativo del municipio de Tampere) de la solicitud presentada por la demandante de modificar la duración de su permiso para el cuidado de hijos. La demandante, profesora funcionaria, había solicitado un permiso de cuidado de hijos posterior a su baja de maternidad (llamado permiso parental) de dos años (la ley lo permite hasta los 8 años de edad del niño en Finlandia). Durante el disfrute de dicho permiso, quedó embarazada de nuevo, razón por la que quiso reincorporarse a su puesto de trabajo para que fuera su marido el que solicitara el permiso parental. De este modo, tendría acceso en su día a una segunda baja de maternidad y a la solicitud de un subsiguiente permiso parental. El Director de la escuela (que había contratado ya a un sustituto por dos años), se negó a su reincorporación adelantada, alegando que el convenio colectivo de la enseñanza no incluía un nuevo embarazo como razón justificada para solicitar una modificación en su anterior solicitud (ya aprobada) de permiso parental.

Debido a la negativa del empleador, la demandante no pudo disfrutar del permiso de maternidad de su segundo hijo, amén de que tuvo que ocuparse personalmente del cuidado de su primer hijo durante la fase más avanzada de su segundo embarazo e incluso tras el parto. El TJCE entendió que una normativa nacional como ésta sobre el permiso parental se opone al Derecho Comunitario que protege la condición de la mujer que va a tener un hijo y que tiene derecho a disfrutar de un permiso de maternidad. Acontecimientos posteriores imprevisibles (como un nuevo embarazo) deberían ser motivos legítimos para conseguir una modificación de la duración del permiso parental. La llegada de un nuevo hijo supone modificaciones sustanciales en la familia y en las relaciones entre los progenitores entre sí y entre los mismos y el hijo. Esto puede obligar a la familia a organizarse de otro modo. La protección concedida a la madre durante el permiso de maternidad tiene por objeto evitar la acumulación de las cargas así como proteger la condición biológica de la mujer y sus especiales relaciones con el nuevo hijo. Todo ello le fue denegado a la demandante al tener que compatibilizar el cuidado de su hijo mayor con el del recién nacido a través de una decisión (basada en una norma) discriminatoria que le obligó a renunciar a su derecho a la baja de maternidad.

Por su parte, la sentencia *Comisión/Luxemburgo* C-519/03 de 14 de abril de 2005 incide en la cuestión anterior y nos demuestra la relevancia que el TJCE da al disfrute por las madres de su baja de maternidad. En concreto, la Comisión denuncia la legislación luxemburguesa, que establece que el derecho a un permiso de maternidad o un permiso de adopción que surja durante un permiso parental sustituya a éste último, sin posibilidad de que el progenitor aplase la parte de permiso parental que aún no ha podido disfrutar. Dado que la finalidad de ambos permisos es diferente (la del permiso de maternidad, preservar la condición biológica de la mujer y proteger las especiales relaciones entre la madre y el recién nacido, mientras que la del permiso parental es permitir que uno de los progenitores pueda ocuparse del hijo durante un período más o menos extenso), no hay razón para que uno extinga al otro.

6. CONCLUSIONES

Las estadísticas de la UE no dejan lugar para la duda: el mercado laboral penaliza la maternidad así como los intentos de las trabajadoras por compatibilizar su labor doméstica y su faceta profesional. La UE trata de paliar esta situación viciada a través de su política social. En esa política social, ocupa un lugar especial la labor que desempeña la institución judicial de la UE¹⁰.

De la jurisprudencia del TJCE se puede extraer la idea de que existe una política social de la UE a favor de la maternidad y de la conciliación profesional y familiar. El TJCE es un Tribunal comprometido con la protección de la maternidad y con la conciliación profesional y familiar de los trabajadores que son padres (sobre todo, de las madres). Esto ha sido posible merced a que el Tribunal aplica una normativa comunitaria cada vez más comprometida en esta materia. Las CCEE primero y la UE después, han querido la incorporación de la mujer al mundo laboral. De otro modo, no sería posible asegurar el crecimiento económico sostenible, que es uno de los objetivos de la UE según el art. 2 TUE. E incorporar la mujer al mundo laboral pasa por facilitar a la mujer que es madre (así como al trabajador que es padre) que pueda compaginar sus obligaciones domésticas con sus obligaciones profesionales en cuanto a flexibilidad horaria, reducción de jornada, ampliación de horarios de servicios básicos como supermercados o pediatras...

El TJCE sólo puede constatar la compatibilidad de los casos que se le presentan con el Derecho Comunitario y, en concreto, con sus normas de política social en materia de conciliación. En la mayoría de las ocasiones, esto se produce a través de remisiones prejudiciales en las que será el juez interno quien juzgue el fondo del asunto. Pese a estos condicionantes, el TJCE ha tenido la oportunidad de mostrar su faceta más pro-conciliación y pro-maternidad en bastantes ocasiones en las que se han producido despidos, o se ha negado derechos retributivos o promociones profesionales y otras mejoras en las condiciones laborales a padres que intentan trabajar y atender a su familia a la vez.

En el análisis de los fallos pronunciados por el TJCE desde los años setenta hasta los más actuales se comprueba una evolución hacia tesis cada vez más progresistas. Su jurisprudencia, salvo casos excepcionales, nunca fue regresiva ni siquiera en sus primeros años. Pero eso no obsta a que el grado de protección para los justiciables haya ido en aumento a medida que las instituciones europeas le han ido facilitando al Tribunal más y mejores normas que aplicar en materia de política social en relación con la promoción de la conciliación.

El TJCE siempre ha entendido la igualdad entre hombre y mujer como un principio básico del ordenamiento comunitario. Así lo ha manifestado en reiteradas oca-

¹⁰ SANZ CABALLERO, S. (2004): "Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres", en *Discriminación versus diferenciación*, RIDAURA, M.J. y AZNAR, M. (coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 265-364; SANZ CABALLERO, S. (2005): "La madre trabajadora ante el juez comunitario", en *El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del derecho europeo*, VILATA, S. (ed.), Generalitat Valenciana, Valencia, pp. 67-92.

siones, como en la sentencia *Gabrielle Defrenne/Sabena* C-43/75 de 8 de abril de 1976, en la que indicó que el derecho a la igualdad de trato es un derecho fundamental de la persona y que sus excepciones deben ser interpretadas de manera restrictiva. El TJCE ha insistido en la necesidad de proteger a la mujer y sus especiales circunstancias, sobre todo durante el embarazo, su posterior maternidad y los primeros años de infancia de sus hijos. Por ello ha reconocido como un principio la protección de la mujer en su vida familiar y en el desarrollo de su actividad profesional.

En definitiva, se trata de una jurisprudencia variopinta pero progresista en su conjunto. Su calificación como variopinta se comprueba fácilmente a tenor del gran “surtido” de diferentes y variados aspectos que han sido tratados por el Tribunal dentro del epígrafe general de la política social de conciliación y maternidad. Progresista porque, por regla general, ha sido una jurisprudencia que ha ido evolucionando en la dirección de ir facilitando cada vez más la conciliación y la maternidad a través de interpretaciones generosas del Derecho Comunitario. Con ello, el TJCE se muestra como motor, y motor principal, de la lucha por la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito comunitario y, en consecuencia, en la modificación del mercado laboral de los Estados miembros. El Tribunal ha contribuido de manera importante a ir recortando el *gap* que existe entre sexos en materia de salarios y tasas de empleo, y un empleo, además, de calidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANXO, D.; FAGAN, C.; CEBRIÁN, I.; MORENO, G. (2006): “Patterns of Labour Market Integration in Europe”, en *Socio-Economic Review*, vol. 5, n. 2, pp. 233-260.
- BIGOT, A. (2003): “La Responsabilité Parentale après Désunion du Couple en Europe”, en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n. 465, pp. 111-119.
- BOCH, C. (1998): “Official: During Pregnancy, Females are Pregnant”, en *European Law Review*, n. 23, pp. 215-280.
- CARACCILO DI TORELLA, E. (1998): “Maternity and Equal Treatment”, en *European Law Review*, n. 23, pp. 165-170.
- CARACCILO DI TORELLA, E.; MASSELOT, A. (2001): “Pregnancy, Maternity and the Organisation of Family Life: An Attempt to Classify the Case Law of the Court of Justice”, en *European Law Review*, n. 26, pp. 239-260.
- ELLIS, E. (1998): “Recent Developments in European Community Sex Equality Law”, en *Common Market Law Review*, n. 35, pp. 392-395.
- ELLIS, E. (2000): “The Recent Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality”, en *Common Market Law Review*, n. 37, pp. 1403-1426.
- GAROFALO, M.R.; MARRA, M. (2008): “Work-life Reconciliation Policies from Well-Being to Development: Rethinking EU Gender Mainstreaming”, en *MPRA Papers*, n. 9598.
- HOPPE, T. (2002): “La Protection contre la Discrimination Sexuelle à l'Embauche en Europe”, en *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, tomo LXXIX, pp. 32-55.
- LEON BORJA, M. (2002): «Reconciling Work and Family Impact on Gender Equality», en *EUI Working Papers RSC*, 2002/41.
- MANCINI, G.; O'LEARY, S. (1999): “The New Frontiers of Sex Equality Law in the European union”, en *European Law Review*, n. 24, pp. 331-352.
- McGLYNN, C.; FARRELLY, C. (1999): “Equal Pay and the Protection of Women within Family Life”, en *European Law Review*, n. 24, pp. 202-207.

- POLLACK, M.; HAFNER-BURTON, E. (2000): "Mainstreaming Gender in the European Union", *Harvard Jean Monnet Working Papers*, 2/00.
- SANZ CABALLERO, S. (2004): "Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres", en *Discriminación versus diferenciación*, RIDAURA, M. J. y AZNAR, M. (coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 265-364.
- SANZ CABALLERO, S. (2005): "La madre trabajadora ante el juez comunitario", en *El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del derecho europeo*, VILATA, S. (ed.), Generalitat Valenciana, Valencia, pp. 67-92.
- TORNS MARTÍN, T. (2005): "De la imposible conciliación a los continuos malos arreglos", en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n. 23, pp. 15-34.
- ÚBEDA DE TORRES, A. (2002): "El Principio de Igualdad de Trato y la Prohibición de Discriminación por Razón de Sexo a la Luz de la Jurisprudencia del TJCE", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, pp. 171-203.

