

Igualdad de género y maternidad: El período mínimo de cotización como arma de doble filo  
Comentario a la STJUE de 21 de mayo de 2015, asunto C-65/14. Caso Rosselle

Gender equality and maternity leave: The as qualifying period double-edged sword  
Commentary to STJUE of 21 may 2015, case C-65/14, Rosselle

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE GRANADA

**Resumen**

En la decisión de petición prejudicial que tiene lugar en la sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2015 (Asunto C-65/14. Caso Charlotte Rosselle contra Institut national d'assurance maladie-invalidité (INAMI) y Union nationale) el Alto Tribunal Europeo analiza, al hilo de las diferentes directivas comunitarias por las que se establecen medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de las mujeres embarazadas que hayan dado a luz o en período de lactancia, si la señora Charlotte Rosselle tiene o no derecho al acceso a una prestación por maternidad. El conflicto abierto entre el respecto al principio de igualdad de género y el acceso a las prestaciones sociales mantiene, actualmente, en vilo a la sociedad ante el lamentablemente establecimiento de unas políticas sociales que buscan incansablemente salvaguardar las arcas públicas antes que en garantizar los derechos constitucionales.

**Abstract**

In a preliminary decision request that takes place in the ECJ ruling of May 21, 2015 (Matter C-65/14. Case Charlotte Rosselle contra Institut national d'assurance maladie-invalidité (INAMI) y Union nationale) the European High Court examines, in line with the various Community directives laying down measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant women who have recently given birth or breastfeeding, if Mrs. Charlotte Rosselle has a right to access to maternity allowance. The open conflict between respect the principle of gender equality and access to social benefits keeps currently on tenterhooks society to the unfortunately establishment of social policies that seek untiringly to safeguard the public coffers before guaranteeing constitutional rights.

**Palabras clave**

igualdad, género, maternidad, prestaciones, cotización y Seguridad Social

**Keywords**

equality, gender, maternity benefits and Social Security contributions

*“El equilibrio es así efímero. Debes disfrutarlo al máximo cuando lo encuentres porque volverás a caer en el desequilibrio en cualquier momento”<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> DE MIGUEL TARONCHER, S: *El equilibrista*, Sevilla, editorial el Círculo Rojo, 2011.

## 1. RESUMEN DE LOS HECHOS Y PROBLEMÁTICA PLANTEADA

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (10ª Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) y de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre la Sra. Rosselle y el Instituto Nacional del Seguro de Enfermedad y de Invalidez (INAMI) y la Unión Nacional de Mutuas Autónomas (UNM) relativo a la denegación de una prestación de maternidad por no haber cubierto el período mínimo de cotización exigido por el Derecho nacional belga. En concreto, la UNM desestimó dicha solicitud debido a que la Sra. Rosselle había comenzado a trabajar por cuenta ajena (y no como funcionaria) el de septiembre de 2009. Así pues, en la fecha en que comenzó su permiso de maternidad no había cubierto el período mínimo de cotización exigible por la legislación nacional.

De conformidad con el Derecho belga, una trabajadora tiene derecho a una prestación de maternidad si, durante los 6 meses anteriores a la baja por maternidad, ha totalizado al menos 120 días de trabajo (A este respecto, véase el artículo 128 de la Ley relativa al seguro obligatorio de asistencia sanitaria y de prestaciones sociales, armonizada el 14 de julio de 1994). Además, cabe señalar que en la decisión se señalaba en esencia que la legislación belga no exime de tal requisito a los empleados públicos dimisionarios o separados del servicio, pero no a los empleados públicos en excedencia por interés particular.

La Sra. Rosselle, que trabajó en Flandes, solicitó dicha prestación. Si bien había trabajado durante varios años (desde septiembre de 2003 hasta septiembre de 2008, fecha en la que fue nombrada funcionaria por la Comunidad Flamenca), su solicitud fue denegada porque había cambiado su estatuto laboral (pasa a trabajar por cuenta ajena) y no había cubierto el período mínimo de cotización exigido desde el comienzo de su nuevo empleo. Cabe aclarar, que en la Comunidad francesa de Bélgica algunas escuelas de primaria y secundaria organizan una enseñanza de inmersión lingüística según la cual diversas asignaturas se imparten en otro idioma, destacadamente el neerlandés, y para ello la contratación de hablantes nativos resulta necesaria. Una profesora, nombrada con carácter fijo en una institución de la Comunidad flamenca y que, como tal, no entra dentro de la cobertura de maternidad de la normativa sobre seguros sociales, porque ese riesgo ya está cubierto por la autoridad que la emplea a través de permisos remunerados como si estuviera en activo, obtiene una excedencia por motivos personales como única forma posible para prestar servicios en una escuela francesa con inmersión lingüística, la cual la contrata, como a cualquier otro trabajador o trabajadora, en calidad de temporal sometida al régimen de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena. Cinco meses más tarde, ella da a luz; su mutualidad le negó las prestaciones por maternidad porque no cumplía con el período de

carencia exigido (cotización durante al menos 120 días de trabajo en los 6 meses inmediatamente anteriores a la solicitud)<sup>2</sup>.

Asistido por el Instituto para la igualdad de mujeres y hombres (el organismo de igualdad a que obliga el artículo 20 de la Directiva 2006/ 54/CE), la profesora demanda ante el Tribunal de Trabajo de Nivelles a su mutualidad y al Instituto Nacional de Salud y Seguro de Incapacidad (el primero, organismo pagador, ejecuta las instrucciones del segundo, que gestiona el seguro); el Tribunal cuestiona ante el Tribunal de Justicia la compatibilidad de las disposiciones en cuestión con las Directivas 92/85/CEE (sobre la protección de la maternidad) y 2006/54/CE. Para más exactitud, el Tribunal de lo Social de Nivelles, «órgano jurisdiccional remitente» (Bélgica) solicita orientación al Tribunal de Justicia sobre cómo interpretar el párrafo segundo del artículo 11, punto 4, de la Directiva de maternidad, que establece que los Estados miembros no podrán exigir a tal fin, en ningún caso, períodos de trabajo previo superiores a 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto. Y, de igual modo, el órgano jurisdiccional remitente también pregunta si denegar a la Sra. Rosselle la concesión de un permiso de maternidad entraña una discriminación por razón de sexo y, por tanto, vulnera la Directiva de igualdad de trato.

Así pues, la presente remisión prejudicial ofrece al Tribunal de Justicia una oportunidad para aclarar más a fondo cómo la protección concedida a la trabajadora embarazada (o a la trabajadora que haya dado a luz o en período de lactancia) se vincula a la protección de que disfrutaban las trabajadoras frente a la discriminación por razón de sexo en asuntos de empleo y ocupación.

## **2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO EN LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS**

La preocupación por alcanzar una efectiva igualdad entre hombres y mujeres, entendido en sentido amplio, no es una materia nueva para la Unión Europea (UE). Se crea en este punto una ruptura con el prisma tradicional en donde el hombre ha sido, desde siempre, concebido como aquel que ejecuta de forma continua, ininterrumpida y a tiempo completo la prestación profesional. Y es que, en un sentido ambiguo, el hombre ha sido visto como el cabeza de familia y, por tanto, el acreedor principal de las prestaciones sociales<sup>3</sup>. Sin embargo, paulatinamente, la mujer se ha ido incorporando al ámbito laboral, lo que ha conllevado importantes cambios en los sistemas nacionales y comunitarios. Desgraciadamente y pese a estos avances, la idea de garantizar una igualdad efectiva no se ha logrado todavía plenamente, de ahí que subsistan diferencias entre los distintos Estados que conforman el colectivo europeo.

Los sistemas sociales de protección frente a las situaciones de necesidad caminan muy lentamente hacia la senda del progreso es por ello que, ya desde el ámbito comunitario, se esté instancia hacia la armonización a través del principio de no discriminación que se consagra a través de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa

<sup>2</sup> Ver VV.AA: "Sentencia TJUE de 21 de mayo de 2015, Roselle, C-65/14", Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres, número 37, julio-diciembre de 2015, páginas 20 y siguientes.

<sup>3</sup> GUERREO PADRÓN, T: "Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social", *Temas Laborales*, nº68, 2003, página 63.

a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. En este sentido, el artículo 4.1 de este texto consagra: “*El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a: 1) el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos; 2) la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones y 3) el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones*”. La noción principal de esta Directiva se concibe con claridad y es el principio de igualdad de trato que supone la prohibición de toda discriminación por razón de sexo, sin que, en ningún momento, se oponga a las disposiciones protectoras de la mujer a causa de la maternidad.

### **2.1. Protección por maternidad *versus* igualdad por razón de género**

La maternidad ha constituido desde antiguo una causa de discriminación por razón de sexo hacia la mujer, la cual ha focalizado todos sus efectos negativos hacia el ámbito del empleo, acceso y mantenimiento de una profesión. Es por ello que todas las políticas que se han creado desde la UE hayan ido enfocadas hacia la protección de la mujer en un sentido de progreso hacia la corresponsabilidad y la protección frente al estado biológico que origina la maternidad<sup>4</sup>. Evidentemente, se pone de manifiesto en todo este panorama esa necesidad de que ambos sujetos (mujer y hombre) se impliquen en las labores domésticas a fin de que éstas puedan efectivamente compatibilizar el trabajo con la vida profesional sin que ello suponga ningún tipo de perjuicio<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> En el ámbito internacional la protección de la mujer embarazada data del año 1919, fecha en la que se aprobó el Convenio número 3 de la OIT “sobre el empleo de las mujeres antes y después del parto”, el cual fue revisado a través del Convenio número 103, de 28 de junio de 1952. Anteriormente, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 reconocía la maternidad y la infancia como un derecho de cuidados y asistencias especiales. Aparte, cabe citar otros textos legislativos en esta materia: 1) la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 (Revisada en 1996), en concordancia con el Convenio de la OIT número 103, por el cual se establecía el descanso de la mujer trabajadora durante 12 meses; 2) la Recomendación número 123 de 1965 sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares; 3) la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989; 4) la Convención de las Naciones Unidas de 1979, 5) el artículo 119 del Tratado de Roma, reformado por la disposición 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea; 6) el capítulo II y III de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, finalmente, 7) el nuevo sistema de los tratados surgidos del Tratado de Lisboa, a saber: Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea... etc. Ver VV.AA., MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012 y VV.AA., MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014.

<sup>5</sup> “A nivel comunitario, en un somero repaso a cómo cada Estado miembro regula los citados permisos de maternidad, se observan situaciones diferenciadas entre unos países y otros. En algunos países, sobre todo del norte de Europa, ha estado presente en el debate político la necesidad de que las reformas tuvieran en cuenta la premisa de que, para resolver el conflicto entre el trabajo «productivo» -remunerado- y el trabajo «reproductivo» -no remunerado-, resulta obligado incluir el reconocimiento del rol paterno en la política de atención y cuidado a la infancia, como derecho individualizado, en la medida en que constituye una de las asignaturas pendientes para la mayoría de los Estados miembros, la de conseguir que los hombres hagan un (...)”

Es lo cierto que, ante todo, el centro de atención de la acción pública tiene que ser la tutela del interés de la mujer trabajadora (tanto en lo que respecta a la salud, como a su protección laboral y de Seguridad Social), pero sin olvidar que tras esa protección concurren también intereses de carácter social en una “sociedad del envejecimiento”. Lo que, ya de por sí, es índice de las nuevas estructuras familiares y formas de maternidad, pues el concepto de familia es históricamente cambiante, es decir, una construcción social que va más allá del elemento primario de carácter biológico. De ahí que la realidad actual –en su experiencia jurídicosocial– muestre profundos cambios en los modelos de familia y en los modelos de regulación jurídica de esta “institución social”.

La respuesta del ordenamiento jurídico a esos cambios frecuentemente ha sido tardía y por ello se ha creado una imagen artificial de una supuesta estabilidad del modelo de regulación cuando, lo cierto, es que los cambios se han venido produciendo –por exigencias de adaptación y de política del Derecho– sea por vía normativa o por vía de doctrina judicial (a impulso también de la doctrina científica). Cabría pues precisar que –como se verá después– el Derecho Social en su conjunto se ha venido *renovando, mejorando su tutela y adaptándose* a los nuevos modelos de familia y a las nuevas sensibilidades socio-culturales relativas a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar...). Y esa adaptación ha venido operándose tanto respecto a la protección laboral, como en la tutela dispensada por el sistema de Seguridad Social y más ampliamente de protección social pública.

Tales respuestas se habían venido estructurando alrededor de un conjunto de pautas tradicionales típicas que conforman un haz de derechos (los “derechos de maternidad”) que, al tiempo, han tenido que ser trascendidas, superando así, en gran medida, el problema que tiene que ver con la unilateralidad (y en no poco de paternalismo). En efecto, visto desde un enfoque tradicional, la maternidad ha sido entendida como un estado biológico diferenciador, que incidía en la salud de la mujer trabajadora y que exigía una tutela protectora tanto en la vertiente contractual (suspensión del contrato de trabajo o de la relación de servicios profesionales), como en la esfera de la Seguridad Social. Y es que, por lamentable que pueda ser, la maternidad ha sido durante largo tiempo equiparada a la enfermedad (formando así parte inescindible de la prestación por incapacidad temporal). Lo cual conducía, de inmediato, a un acotamiento subjetivo que limitaba la protección socio-laboral de la mujer trabajadora atendiendo a esa vertiente fisiológica natural. Por otra parte, la protección concedida a la mujer quedaba impregnada por una determinada manera de entender el rol social de ésta como la persona que tenía atribuida la función subalterna y la responsabilidad del cuidado de los hijos y, en general, del hogar familiar. Aquí el Derecho Social asumía una función de reproducción jurídica e institucional de la realidad socio-cultural dominante en

---

mayor uso de las licencias y permisos por razones familiares. Se han iniciado tímidos avances que han abierto el debate sobre la conveniencia de considerarlos derechos intransferibles, porque algunos ordenamientos han obviado el problema de que los permisos conjuntos son en la práctica disfrutados por las mujeres casi en exclusividad”. Ver PÉREZ CAMPOS, A.I: “La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLVII, 2014, páginas: 166 y ss.

una sociedad patriarcal. Es así que la maternidad se ligaba, necesariamente, al cuidado de la familia atribuido en exclusiva o predominantemente a la mujer<sup>6</sup>.

Partiendo de esta concepción cultural (o de “cultura jurídica”, en el sentido que expresa Giovanni Tarello<sup>7</sup>) la protección de la maternidad ha venido centrándose, tradicionalmente, en la mujer trabajadora. Y todo ello, a fin de ampararla desde la perspectiva sanitaria, al tiempo que se le facilitaba la asunción efectiva de las responsabilidades familiares incrementadas por la natalidad como pretendida consecuencia natural de la maternidad. De este modo, se justificaría que las suspensiones o los permisos ligados al cuidado de los hijos quedaran inexplicablemente unidos a la maternidad. Por lo que sólo quedaba ya dar un paso para que, de manera efectiva, se les reconocieran a las mujeres trabajadoras la titularidad dominante sobre estos derechos vinculados a la maternidad. En realidad, todo este enfoque dependía del modelo de sociedad que deben perseguir las políticas públicas en un sistema democrático, el cual estaba, en no poco, sobredeterminado por la división sexual del trabajo social, en el sentido durkheimiano de la expresión<sup>8</sup>.

Junto a las innegables dimensiones físicas que presentan las mujeres se han sumado factores tales como el sociológico y cultural, los cuales se encuentran sometidos a las constantes transformaciones sociales, determinado así una degradación no sólo del trabajo de la mujer, sino también de su papel en la sociedad (su posición subalterna en la estructura social) y, muy en particular, de la concepción de la maternidad en cuanto condición que permite la estigmatización de la mujer y la justificación de auténticos tratos discriminatorios del trabajo que presta ésta, en cuando no de la misma atribución subjetivamente selectiva de derechos prestacionales en materia de Seguridad Social. Esta justificación –facilitada por una reconocible aceptabilidad social muy generalizada– se producía (y en parte lo sigue estando) tanto en la perspectiva legislativa, como en la de aplicación e interpretación judicial (la realización judicial del Derecho, esto es, el Derecho vivo judicial). Y es que, como ya verá más adelante, la superación de estos planteamientos operará, precisamente, a través de ese doble cauce jurídico e institucional. No obstante, cabe advertir que lo cierto es que hasta fechas relativamente recientes ha dominado el punto de vista tradicional, lo cual ha contribuido a “*cronificar*” y “*petrificar*” el papel y la función social de la mujer en la división social del trabajo por razón de género.

No deben ignorarse los “marcos” de referencia de las políticas del Derecho relativas a la protección social de la maternidad. Así pues, a través de las distintas Directivas Comunitarias se ha tratado de conseguir una adecuada armonización en materia de igualdad de género, que hace lamentar su ausencia plena en el ámbito de la prestación por maternidad.

---

<sup>6</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “La renovada tutela social de la maternidad en el marco de los derechos de conciliación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 43, 2016, pendiente de publicación.

<sup>7</sup> Véase TARELLO, G.: *Cultura jurídica y política del Derecho*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2002, páginas: 166 y ss.

<sup>8</sup> DURKHEIM, E.: *Lecciones de sociología. Física de las Costumbres y del Derecho*, trad. Estela Cató, revisión, edición y estudio preliminar, “Cuestión social y reforma moral: las corporaciones profesionales”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2006.

Siendo, de hecho, ésta una materia de referencia en el Programa Estratégico de igualdad de oportunidades (2014-2016)<sup>9</sup>.

Dentro del acervo de Directivas aprobadas en materia de maternidad subsiste un bien jurídico común a proteger, que no es otro que el de la “salud de la madre y del hijo” al tiempo que se pretende conseguir la protección frente a las situaciones de necesidad provenientes del hecho biológico de la maternidad, promoviendo así la igualdad efectiva entre hombres y mujeres<sup>10</sup>. A este respecto, se han aprobado multitud de directivas que esbozan y recogen de una forma declarativa estos principios<sup>11</sup>. Se señalan, así pues, en esta STJUE de 21 de mayo de 2015 las siguientes normativas y reglas aplicables:

“La Directiva de maternidad 92/85<sup>12</sup> está dirigida a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (artículo 1, apartado 1). El noveno considerando de dicha Directiva establece que la protección de la seguridad y de la salud de las trabajadoras no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atender contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

El artículo 2 de la Directiva de maternidad define a la «trabajadora embarazada» como: «Cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales» Asimismo, define a la «trabajadora que ha dado a

---

<sup>9</sup> Donde se indica literalmente: ... la maternidad afecta a las tasas de empleo femenino, y persisten disparidades en cuanto a la dedicación a las tareas de cuidado y del hogar que dificultan sus posibilidades de conciliar la vida personal, laboral y familiar, lo que las sitúa en desventaja a la hora de desarrollar su opción de carrera profesional. Todo ello contribuye a que, al final de su vida laboral, los ingresos de las mujeres sean más bajos que los de los hombres. Además de estos y otros reductos de desigualdades, la propia “evolución social” puede propiciar, si no se toman medidas, la aparición de nuevas formas de discriminación en ámbitos como las nuevas tecnologías (Internet, en particular). En este contexto, para el Gobierno es una prioridad impulsar la igualdad efectiva de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. En primer lugar, por razones de justicia y de tutela de Derechos fundamentales. Pero, también, porque es elemento imprescindible de desarrollo económico y de cohesión social: necesitamos sumar todo el talento que, tanto mujeres como hombres, podamos aportar para salir de la crisis en la que nos encontramos y avanzar hacia una economía más fuerte, basada en un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, conforme a los objetivos de la Estrategia Europa 2020.

<sup>10</sup> Véase, a este respecto, las Directivas 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, relativa a la Seguridad y Salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia y la Directiva 96/34/CE de 13 de junio de 1996, sobre el Acuerdo Marco del Permiso Parental. No obstante, ésta última Directiva ha sido derogada por la Directiva 2010/18/UE, del Consejo de 8 de marzo de 2010 y por la que se aplica el acuerdo marco revisado sobre el Permiso Parental (el cual produjo sus efectos a partir del 8 de marzo de 2012). Resulta llamativa, en este punto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2005 (TJUE 2005, 98).

<sup>11</sup> En diciembre de 2007, el Consejo pidió a la Comisión, a través de las conclusiones tituladas «*Equilibrio de funciones entre hombres y mujeres en materia de empleo, crecimiento y cohesión social*», que estudiara la posible revisión de la Directiva 86/613/CEE para garantizar los derechos relacionados con la maternidad y paternidad de los trabajadores autónomos y de sus cónyuges. A ello accedió la Comisión, la cual en la Comunicación de 2 de julio de 2008 titulada «*Agenda social renovada: oportunidades, acceso y solidaridad en la Europea del siglo XXI*», proponía, como parte de las acciones a desarrollar para luchar contra la discriminación, el planteamiento de «propuestas legislativas en septiembre de 2008 con objeto de aumentar la conciliación de la vida privada y la actividad profesional, mejorando las disposiciones sobre el permiso parental, introduciendo nuevos permisos (de paternidad, adopción y permisos filiales) y consolidando la protección para las mujeres embarazadas».

<sup>12</sup> Pero debe tenerse en cuenta también la Directiva 2006/54.

luz» y a la «trabajadora en período de lactancia» como: *Las trabajadoras que tienen tal condición en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comuniquen su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.*

Por su parte, el artículo 8 de la Directiva de maternidad, titulado «Permiso de maternidad», establece: «1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2. El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

El artículo 11 versa sobre los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras protegidas. En virtud del artículo 11, punto 2: *Deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras protegidas relativos al permiso de maternidad y al mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de dichas trabajadoras.*

El artículo 11, punto 3, establece que se considerará adecuada dicha prestación: «cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales». Y, en virtud del artículo 11, punto 4, los Estados miembros tendrán la facultad de someter el derecho a la remuneración o a dicha prestación: «A la condición de que la trabajadora de que se trate cumpla los requisitos que contemplen las legislaciones nacionales para obtener el derecho a tales ventajas», pero entre dichos requisitos «no se podrán contemplar en ningún caso períodos de trabajo previo superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto».

El objetivo de la Directiva de igualdad de trato, que está basada en el artículo 141, apartado 3, del Tratado CE (actualmente artículo 157 TFUE, apartado 3), consiste básicamente en “Garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y de ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor (considerando cuarto y artículo 1)”.

El considerando 23º de dicha Directiva hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual: *El trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo y pone de manifiesto que la Directiva de igualdad de trato comprende dicho trato.*

A efectos de la Directiva de igualdad de trato se entenderá por: «Discriminación directa» «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable» [artículo 2, apartado 1, letra a)] «Discriminación indirecta» «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda

*justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios» [artículo 2, apartado 1, letra b)].*

En virtud del artículo 2, apartado 2, letra c), el concepto de discriminación incluirá: *«El trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva [de maternidad]».*

El artículo 5, comprendido en el capítulo 2 del título II de la Directiva de igualdad de trato («Igualdad de trato en los regímenes profesionales de seguridad social»), establece: *«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, en los regímenes profesionales de seguridad social no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo, en particular en lo relativo: a) el ámbito de aplicación de dichos regímenes y las condiciones de acceso a los mismos; b) la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones; c) El cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones».*

De igual modo, el artículo 14, apartado 1, incluido en el capítulo 3 del título II de la Directiva de igualdad de trato («Igualdad de trato en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación profesional, a la promoción y a las condiciones de trabajo»), dispone en particular: *«No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción; [...]»*

Se señala expresamente (véase el artículo 28) que la Directiva de igualdad de trato se entenderá sin perjuicio de las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular referida al embarazo y a la maternidad, y de lo dispuesto en, entre otras, la Directiva de maternidad.

## **2.2. Respuesta del TSJUE en el Asunto Rosselle y algunas conclusiones críticas**

Son dos las cuestiones que se entrecruzan y estudian por el Alto Tribunal Europeo en esta sentencia de 21 de mayo de 2015, de un lado, el acceso a la prestación por maternidad de la Sra. Rosselle y, de otro, examinar si ha producido o no una discriminación por razón de género.

En relación a la primera cuestión, la respuesta del Tribunal se centra en torno al artículo 11.4 de la primera Directiva, el cual autoriza a un Estado miembro a subordinar el derecho a las prestaciones de maternidad a determinadas exigencias a condición de que no se requiera un período de trabajo previo durante más de 12 meses. En esencia, la Corte decidió que esta disposición no autoriza al Estado, por la única razón de que la relación laboral haya cambiado su naturaleza jurídica, a negar las prestaciones de maternidad a una trabajadora que ha sido ocupada más de 12 meses antes de dar a luz. Por tanto, un Estado miembro no puede denegar a una trabajadora una prestación de maternidad por el hecho de que, en su condición de funcionaria que ha obtenido una excedencia por interés particular con el fin de ejercer una actividad como trabajadora por cuenta ajena, esta no haya cubierto, en el marco de esa actividad por cuenta ajena, el período mínimo de cotización exigido por el Derecho

nacional para poder acceder a dicha prestación de maternidad a pesar de haber trabajado más de doce meses inmediatamente antes de la fecha prevista para el parto. Y es que, como bien señaló la Abogada General E. Sharpston, el artículo 11.4) de la Directiva 92/85/CEE tiene un efecto directo vertical, de modo que el resultado de la disputa parece obvio. En otras palabras, no se discute aquí si el período mínimo de cotización es conforme a la legislación belga, el cual es netamente inferior al período máximo establecido en la Directiva de maternidad, sino más bien el modo en que se aplica dicho período de cotización<sup>13</sup>.

A este respecto, establece el TSJUE: *“En estas circunstancias, no cabe referir exclusivamente los «períodos de trabajo previo» que menciona el artículo 11, punto 4, párrafo segundo, de la Directiva 92/85 al puesto de trabajo que se ocupaba antes de la fecha prevista para el parto. Debe entenderse que esos períodos de trabajo se refieren a los diversos puestos de trabajo sucesivos que haya ocupado la trabajadora de la que se trate antes de esa fecha, incluso para diferentes empresarios y con estatutos laborales distintos. La única obligación que impone esta disposición es que la persona de que se trate haya tenido uno o varios empleos durante el período exigido por el Derecho nacional para que se genere el derecho a la prestación de maternidad, en aplicación de la referida Directiva.*

*Por lo tanto, del enunciado del artículo 11, punto 4, párrafo segundo, de la Directiva 92/85 se desprende que un Estado miembro no puede imponer un nuevo período de seis meses anterior al nacimiento del derecho a una prestación de maternidad por el mero hecho de que la trabajadora de que se trate haya cambiado de estatuto laboral o de empleo.*

*Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para interpretar una disposición del Derecho de la Unión, no sólo debe tenerse en cuenta su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte... En este sentido, hay que recordar que el objetivo de la Directiva 92/85, que fue adoptada con base en el artículo 118 A del Tratado CE, al que corresponde el artículo 153 TFUE, es promover la mejora de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia (sentencias Paquay [TJCE 2007, 270], C-460/06, EU:C:2007:601, apartado 27; Danosa [TJCE 2010, 339], C-232/09, EU:C:2010:674, apartado 58, y D. [TJCE 2014, 113], C-167/12, EU:C:2014:169, apartado 29).*

*En este contexto, y tal como se infiere del decimoséptimo considerando de la Directiva 92/85, a fin de evitar el riesgo de que las disposiciones relativas al permiso de maternidad queden sin efecto útil si no se acompañan del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, el legislador de la Unión ha establecido, en el artículo 11, punto 2, letra b), de la Directiva 92/85, que debe garantizarse el mantenimiento de una remuneración o el beneficio de una prestación adecuada para las trabajadoras a las que se aplica la Directiva en el caso del permiso de maternidad a que se refiere el artículo 8 de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Boyle y otros [TJCE 1998, 255], C-411/96, EU:C:1998:506, apartado 30).*

---

<sup>13</sup> Ver conclusiones de la abogada general Sra. Eleanor Sharpston presentadas el 18 de diciembre de 2014.

*Pues bien, exigir un período mínimo de cotización distinto con ocasión de cada cambio de estatuto laboral o de puesto de trabajo equivaldría a cuestionar la protección mínima establecida en el artículo 11, punto 2, de la Directiva 92/85 cuando la trabajadora de que se trate no haya cubierto el período mínimo de cotización de seis meses en su nuevo empleo a pesar de haber realizado períodos de trabajo superiores a los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto*<sup>14</sup>.

En segundo lugar, y una vez resuelta la cuestión en términos de maternidad, la Corte se ahorra examinar la cuestión en términos de igualdad de género. Sin embargo, como se señaló en sus observaciones la Comisión Europea, la normativa belga en cuestión ejerce sobre las mujeres, en relación con el acceso a una oportunidad interesante de experiencia profesional, un efecto disuasorio del que están exentos los trabajadores masculinos, lo que supondría ir en contra de la Directiva 2006/54/CE. O, en otras palabras, lo que el Alto Tribunal trata de aclarar es que, según el derecho belga, la negativa al acceso a las prestaciones de maternidad hace inutilizable la licencia de maternidad impuesta por la legislación laboral, como ya hace 20 años constató el TJUE y como ya afirmó en sus conclusiones la Abogada General. De nuevo, tal situación es discriminatoria, pues no puede perjudicarse a una trabajadora de sexo femenino respecto del género masculino por esta causa.

Recuérdese, a este respecto, que el órgano jurisdiccional remitente, entre las cuestiones que eleva para su resolución prejudicial, se encuentra la siguiente: «¿Vulnera el título III, capítulo III, secciones 1 y 2, del Real Decreto de 3 de julio de 1996 la Directiva 92/85 y la Directiva 2006/54 al no prever una dispensa del período mínimo de cotización para el funcionario en excedencia por interés particular que se encuentra en permiso de maternidad, mientras que sí se prevé para el funcionario dimisionario y el funcionario separado del servicio?».

Por tanto, lo que se cuestiona es si existe o no una discriminación por razón de sexo en cuanto al derecho al permiso de maternidad entre las empleadas públicas que, como la Sra. Rosselle, dan a luz después de obtener la excedencia por motivos personales y comienzan a trabajar por cuenta ajena, respecto de las empleadas públicas que finalizan su estado de buena esperanza después de haber sido separadas del servicio o de haber dimitido.

De la lectura de los hechos se desprende que existe una laguna legal en Bélgica respecto de las empleadas públicas que dan a luz poco después de haber obtenido una excedencia por motivos personales. Por esta razón, las observaciones escritas abordan también la cuestión de si la Sra. Rosselle puede o no ser tratada de igual modo que una empleada pública que mantiene su estatuto de empleada en “servicio activo”. Ahora bien, a buen juicio y opinión de la abogada general Eleanor Sharpston, lo que el órgano jurisdiccional remitente pretende dilucidar es si la denegación a la recurrente del permiso por maternidad entraña o no una discriminación por razón de sexo. Por lo tanto, se tiene que cuestionar, en términos del principio de la igualdad de género, la validez del período de calificación y, de hecho, así lo ha constatado el Alto Tribunal Europeo a la vista no sólo de la Directiva de igualdad de trato (por el que se prohíbe ese trato discriminatorio), sino también

---

<sup>14</sup> Ver puntos 41 a 46 de la Sentencia del TSJUE de 21 de mayo de 2015.

de las diversas opiniones del Consejo de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres, órgano asesor del gobierno federal belga.

Quizás la respuesta del TSJUE debía haber sido más contundente, directa y progresiva a este respecto, a fin de dar buen ejemplo de la efectiva garantía del principio de igualdad por razón de sexo que ansiadamente se reclama desde el propio ámbito comunitario. En particular, la efectividad del derecho a la igualdad en sus distintas facetas requiere de la predisposición de medidas específicas y “proactivas” de derecho no sólo laboral, sino también de Seguridad Social. Y es que, no se olvide en este último sentido, que el Derecho de la Seguridad Social repercute significativamente en que se facilite u obstaculice su efectividad en atención al tratamiento de sus consecuencias sobre los derechos a las prestaciones maternales por ella dispensadas. En este sentido, las técnicas del Derecho de Protección Social deben operar teleológica e instrumentalmente eliminando, en lo posible, las consecuencias desfavorables o desventajosas para los derechos de protección social pública derivadas del ejercicio del derecho a la igualdad y, por tanto (y principalmente en una perspectiva de género), para las trabajadoras que recurren a ese ejercicio legítimo.