

# EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA IGUALDAD EFECTIVA ENTRE TRABAJADORAS Y TRABAJADORES

Ana DE LA PUEBLA PINILLA

## I. LA IGUALDAD COMO CANON LEGAL DE INTERPRETACIÓN

**D**IJO O.W. Holmes que «las profecías de lo que efectivamente harán los tribunales, y nada más pretencioso, es lo que yo entiendo por Derecho». Regla de oro de lo jurídico es atender a lo que verdaderamente hacen los operadores jurídicos, las prescripciones legales no son otra cosa que predicciones acerca de un comportamiento futuro de los jueces. La citada afirmación cobra vida cuando la misma se proyecta en un ámbito en el que valores y principios constitucionales coinciden: la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Los objetivos legales deben, para cobrar plena virtualidad y no quedar como meros pronósticos, calar de forma real en la sociedad y, por extensión, en el conjunto de la comunidad jurídica.

La reciente Ley de Igualdad ha operado un impulso promocional en este terreno buscando, no sólo tutelar, sino también provocar el ejercicio activo en dicha dirección por parte de los poderes públicos. Dicho impulso recaba de los jueces una función principal. A tal fin, el artículo 4 de la LO 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIMH) conforma la igualdad de oportunidades como canon de interpretación jurídica. Su función se corresponde con lo que se han denominado criterios hermenéuticos para conocer, interpretar y aplicar las restantes normas jurídicas. Dice el citado precepto que: «*la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*». La igualdad viene, de este modo, a configurarse como un principio informador del ordenamiento jurídico, llamándolo a formar parte de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

El principio de igualdad se traduce, en la dicción del artículo 4 LOIMH, en una exigencia reforzada de fundamentación racional de los juicios de valor en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Si, con carácter general, las decisiones judiciales deben estar especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, tal exigencia requiere de mayor empeño si actúa sobre realidad tan sensible como la igualdad. El propio Tribunal Constitucional había ratificado esta idea pues, como señalara la STC 81/1982, «si [...] es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igual-

dad (...), tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta». En suma, el papel del juez en la efectiva aplicación del citado derecho es máxima al imponerle el deber de interpretar todos los actos jurídicos (incluyendo, por supuesto, los normativos) de conformidad con los referidos principios. Sin olvidar que, de no ser cumplida dicha obligación, podrá ser exigida jurídicamente por quien se vea afectado por el acto incorrectamente interpretado o aplicado. La infracción de dicho deber otorga, pues, un «derecho subjetivo reaccional o impugnatorio» que le permite recurrir para que se reconozca su derecho a que los actos jurídicos se interpreten según ordena el referido principio.

## II. EL DISEÑO Y DEFINICIÓN DEL MARCO CONCEPTUAL DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA JURISPRUDENCIA

En todo caso, lo cierto es que mucho antes de que la LOIMH acogiera expresamente su función informadora, la igualdad de trato y de oportunidades y la prohibición de discriminación ya constituían principios orientadores de la actividad judicial, a los que se ha acudido en buen número de ocasiones para resolver conflictos a los que el ordenamiento no daba respuesta. La doctrina judicial se ha anticipado visualizando problemas y proponiendo soluciones que el legislador ha acogido. De hecho, buena parte de los instrumentos y garantías de protección frente a la discriminación han sido elaborados y delimitados por una ingente labor judicial. Esta labor se centró, en un primer momento, en la propia construcción del concepto de discriminación por razón de sexo. La definición de las categorías de «discriminación indirecta», de «acoso sexual» o la fijación de los contenidos de la denominada «garantía de indemnidad», señaladamente, vinieron a dotar de rasgos caracterizadores a ideas que carecían de ese marco propio y diferenciado.

Así el concepto de discriminación indirecta, por ejemplo, no es sino producto de una cuidadosa elaboración jurisprudencial. La jurisprudencia constitucional ha jugado un importante papel en esta materia desde la STC 145/1991, que introdujo en nuestro ordenamiento el citado concepto recogiendo la tradición del Tribunal de Justicia de las Comunidades. En la citada sentencia, el Tribunal Constitucional concluyó que la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo «como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad», dilata el contenido inicial de la noción de discriminación e incluye no sólo la discriminación directa, sino también la indirecta, esto es, «tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diferente sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciador y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o razonablemente desiguales tienen sobre los derechos de uno y otro sexo a causa de la diferencia sexual». Dicha línea interpretativa ha sido consolidada por pronunciamientos posteriores y ha sido incorporado como concepto propio en el artículo 6.2 LOIMH.

Esta labor de construcción judicial es apreciable, igualmente, en relación con el concepto de acoso sexual que ahora acoge el artículo 7 LOIMH. Definido inicialmente en la STC 224/1999, que dejó sentado que «para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto». Las posteriores STC 136/2001 y 74/2007, han continuado este camino. Este último pronunciamiento recuerda, en primer lugar, que el derecho a la integridad física y moral es un derecho «erga omnes» que puede ser vulnerado, por ello mismo, tanto por los poderes públicos como por los particulares; e, igualmente, que no sólo el empresario, sino otros trabajadores de la empresa pueden lesionar los derechos fundamentales de un trabajador.

Algo similar puede decirse en relación con la garantía de indemnidad frente a represalias basadas en el sexo de la persona. El artículo 9 LOIMH, en línea con la doctrina plenamente consolidada de nuestro Tribunal Constitucional (la primera sentencia que tuvo que pronunciarse sobre el asunto fue la STC 7/1993, si bien la que incorpora por vez primera dicha expresión es la de STC 14/1993, continuándose en las SSTC 54/1995, 140/1999, 168/1999, 191/1999, 101/2000, 196, 197 y 199/2000, 198/2001 o, en fin, con ciertas particularidades, en la STC 5/2003, alcanzando hasta las SSTC 16/2006, 44/2006 y 65/2006), ha otorgado carta de naturaleza normativa a la garantía de indemnidad frente a represalias basadas en el sexo de la persona. La nueva norma incorpora la citada garantía en línea con lo ya establecido por las Directivas 1990/80 y 2006/54, que encomiendan a los Estados miembros el establecimiento de medidas legales destinadas a proteger a los trabajadores frente a actuaciones discriminatorias con las que los empresarios reaccionen frente a reclamaciones judiciales (cualquiera que sea la naturaleza del órgano judicial: STJCE de 5 de febrero de 2004, caso *Schneider*). La STJCE 22 de septiembre de 1998, caso *Coote*, declaró la obligación de los Estados miembros de otorgar protección jurisdiccional al trabajador frente al empresario que, como represalia por haber reclamado judicialmente la aplicación de la Directiva 76/207/CE, se negó a proporcionar referencias del mismo.

### **III. DIÁLOGO DE CONVERGENCIA Y ENTENDIMIENTO ENTRE LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA EN EL REFORZAMIENTO DE UNA TUTELA EFECTIVA DE LA MUJER EN EL TRABAJO**

Esta labor anticipatoria de la jurisprudencia en la construcción de los conceptos luego incorporados por el legislador también se ha producido en otros aspectos vinculados con el establecimiento de un estatuto reforzado de tutela de las trabajadoras que, en todo caso, encuentra como referente necesario una más eficaz tutela del principio de igualdad y no discriminación. En este ámbito, son muchas las previsiones legales que pueden citarse como ejemplo del acogimiento por el legislador de medidas y soluciones adelantadas por la doctrina judicial.

Es el caso de los efectos indemnizatorios derivados de actos, cláusulas y negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo, expresamente contemplados en el artículo 10 LOIMH, y cuya aplicación en el ámbito laboral determinó la modificación de los 27.2 y 181 LPL con la finalidad de admitir expresamente la compatibilidad de estas indemnizaciones que procedan por conductas discriminatorias y las que correspondan por despido o extinción. Esta dualidad de indemnizaciones había sido ya admitida por el Tribunal Supremo (STS de 12 de junio de 2001, RJ 59311) en el ámbito del despido como excepción a la regla general del carácter tasado de las indemnizaciones. Aunque el tribunal de casación se ha resistido a admitir excepciones a ese principio general lo ha hecho, sin embargo, cuando el daño deriva de la lesión de la prohibición de discriminación o de un derecho fundamental.

El ejercicio de los derechos de conciliación ha resultado ser también un ámbito especialmente propicio para que los tribunales del orden social apliquen una visión e interpretación favorable a la igualdad de oportunidades, aunque los argumentos empleados no siempre han apelado expresamente a la protección de las trabajadoras frente a la discriminación por razón de sexo. Allí donde el ejercicio de derechos configurados para posibilitar el cuidado de hijos o familiares pudiera constituir una traba o suponer un perjuicio económico para su titular, los tribunales del orden social han acudido a una interpretación correctora. Así ha ocurrido en relación con derechos como el permiso de lactancia, la reducción de jornada para atender al cuidado de hijos o familiares o la incidencia de la maternidad en el disfrute de las vacaciones. De nuevo, en la regulación de estos derechos también el legislador ha asumido sin excepción las decisiones judiciales.

Así, la LOIMH mantiene, como ya preveía el Estatuto de los Trabajadores, la posibilidad de disfrutar la hora de permiso de lactancia dividida en dos fracciones y de sustituirlo por una reducción de jornada en media hora, pero añade una nueva posibilidad: disfrutar el permiso de forma acumulada en jornadas enteras, aunque en este último caso es preciso que el convenio colectivo prevea esa posibilidad o que se alcance un acuerdo entre empresario y trabajador. La fórmula no es original porque esa posibilidad, que había sido recogida en numerosos convenios colectivos, contaba con el visto bueno jurisprudencial desde la STS de 20 de junio de 2005 (RJ 6597).

La sintonía entre juez y legislador se advierte también en la solución al problema que se plantea cuando la trabajadora se encuentra disfrutando de una reducción de jornada por guarda legal de menor y se produce la extinción de su contrato de trabajo en circunstancias que determinan su derecho a percibir una indemnización. La cuestión es decidir cuál es el salario que debe tomarse como referencia para calcular la indemnización. Esta cuestión ya fue resuelta por el Tribunal Supremo en su STS de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2025/2002), en la que señaló que, en caso de despido del trabajador durante el tiempo en que está disfrutando de jornada reducida por cuidado de hijos o familiares la indemnización que proceda deberá calcularse sobre el salario que el trabajador o trabajadora percibía antes de iniciar la reducción de su jornada. Esta es la solución que acoge, ahora expresamente, la LOIMH en su DA 11.21, en la que se dispone que en estos supuestos de reducción de jornada «el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta Ley, será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción».

Un tercer tema en el que convergen doctrina judicial y Ley es el relativo al durante mucho tiempo polémico tema de la coordinación entre el disfrute de las vacaciones y bajas vinculadas con la maternidad. La doctrina judicial había venido entendiendo que la circunstancia de que durante las vacaciones el trabajador pase a situación de incapacidad temporal o maternidad no genera el derecho de éste a solicitar un nuevo señalamiento del periodo de vacaciones, pues se trata de un riesgo que ha de asumir el propio trabajador. No obstante, la STJCE 18 de marzo de 2004 (Asunto *Merino*) sentó una solución distinta al afirmar que una trabajadora debe poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla. Dicha doctrina, acogida primero por el Tribunal Supremo en su STS de 10 de noviembre de 2005 (RJ 10084) y luego por el Tribunal Constitucional en su STC 324/2006, ha quedado incorporada definitivamente a la Ley a través de la LOIMH, que contempla el derecho de disfrutar las vacaciones después de una baja por maternidad o por incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural, incluso aunque haya terminado el año natural al que corresponden las vacaciones (art. 38.3 ET).

Un cuarto terreno para las identidades puede hallarse en el tratamiento de la cuestión, especialmente polémica, de cómo afecta al cálculo de la cuantía de las prestaciones de la Seguridad Social el hecho de que en el periodo inmediatamente anterior al despido o a la extinción del contrato el trabajador o trabajadora haya disfrutado de una reducción de jornada por guarda legal conforme al artículo 37.5 ET. La solución adoptada, no sin ciertas vacilaciones, por el Tribunal Supremo en este punto había sido la de valorar exclusivamente las bases de cotización correspondientes al momento inmediatamente anterior a la solicitud de la prestación y no las existentes con anterioridad a la reducción de la jornada (SSTS de 2 de noviembre de 2004, RJ 7782; 4 de noviembre de 2004, RJ 1055/2005; 23 de noviembre de 2004, RJ 7655; 21 de febrero de 2005, RJ 2796/2005; y 14 de marzo de 2005, RJ 3552). Pero esta interpretación fue rectificada por la nueva redacción que la LOIMH da al artículo 211.5 LGSS. Igualmente, este precepto determina la aplicación de idéntico criterio cuando el trabajador decide ejercer su derecho a reducción de jornada en los supuestos contemplados en los artículos 37.4bis y 37.7 ET –relativos, respectivamente, al nacimiento de hijos prematuros o que, por otra circunstancia, deban permanecer hospitalizados, y a las trabajadoras víctimas de violencia de género–. Se acoge así la interpretación por la que habían abogado algunos pronunciamientos de suplicación (SSTSJ Cataluña, 26 de enero de 2001, AS 576; 6 de junio de 2003, AS 2602 y 27 de octubre de 2003, AS 4024/2004).

En definitiva, todos los supuestos mencionados constituyen ejemplos de cómo la doctrina judicial del orden social, ha contribuido a ampliar la protección frente a la discriminación en el ámbito laboral interpretando y aplicando las normas de la forma más garantista y favorable a la igualdad de trato entre trabajadoras y trabajadores, sirviendo de pauta al legislador y anticipando buen parte de las decisiones adoptadas por el legislador.

#### **IV. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA TRAS LA LEY DE IGUALDAD**

En este contexto, la aprobación de la LOIMH supone un punto de inflexión en esa relación entre legislador y juez. A éstos les corresponde continuar en su tarea de integración de los principios, derechos y valores en los términos recogidos en la LOIMH.

Y en esa tarea, aun transcurrido poco tiempo desde la aprobación de la LOIMH, es posible hacer ya un primer balance del diálogo desarrollado entre Ley e interpretación judicial. Un diálogo que aunque normalmente demuestra la sintonía entre ambas instituciones no deja, a la vez, de expresar las dificultades y los desequilibrios que, en muchos casos, derivan de la aplicación práctica de la prohibición de discriminación por razón de sexo. Pero además, los problemas prácticos ya planteados y las soluciones judiciales ofrecidas sugieren una necesaria reflexión sobre el alcance de estos derechos y los límites a su ejercicio, derivados en buena medida de la necesidad de cohonestar los intereses y necesidades derivados de la conciliación familiar con los intereses no solo de la empresa y la organización productiva sino también del resto de los trabajadores.

Estas desavenencias confirman que interpretar las normas y aplicarlas a la luz del criterio de la igualdad y de la no discriminación no garantiza siempre la interpretación más generosa de las normas, aquella que a primera vista pudiera parecer la más favorable para asegurar la tutela frente a la discriminación. En primer lugar, porque los límites que el legislador fija a los derechos reconocidos para favorecer la igualdad y evitar la discriminación no pueden ser soslayados ni sobrepasados. Pero además porque, al menos en el ámbito laboral, la garantía de que tales derechos resultan eficaces, en su finalidad de asegurar la igualdad en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, pasa necesariamente por asegurar un cierto equilibrio entre esos derechos y los que afectan al resto de los trabajadores y a la propia organización productiva. De lo contrario, la protección concedida podría provocar efectos perversos.

Este difícil equilibrio es el que está determinando soluciones judiciales que ahora, cuando el texto normativo que apoya esas decisiones resulta generoso y amplio, parecen esforzarse en contener en sus estrictos límites los derechos vinculados a la igualdad evitando interpretaciones extensivas. Esa tensión que genera la búsqueda de la fórmula más eficaz de tutela de la igualdad se revela también en las interpretaciones no siempre coincidentes sostenidas por los distintos órganos de la jurisdicción.

Un primer ámbito donde se advierte con claridad esta situación es el referido a las medidas de conciliación que, aunque ya conocidas en nuestro ordenamiento, se han visto impulsadas por la LOIMH. Uno de los objetivos declarados de esta Ley ha sido el de reforzar y extender los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. No debe sorprender que una ley dirigida a conseguir la igualdad efectiva de mujeres y hombres dedique, en su capítulo destinado a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales, una buena parte de sus previsiones a la articulación de medidas de conciliación. Por una parte, la dificultad de compatibilizar la actividad laboral o profesional y las responsabilidades familiares es una causa de abandono del mercado de trabajo que afecta exclusivamente a las mujeres, hacien-

do inservibles e inútiles medidas que persiguen la igualdad en las condiciones de trabajo. Por otra, la maternidad, asumida casi en exclusiva por las mujeres, actúa en muchos casos como elemento determinante de su expulsión del mercado de trabajo explicando en buena medida los elevados índices de desempleo que les afectan. Teniendo en cuenta apenas estos datos, es evidente que la efectiva igualdad en el empleo requiere inevitablemente que el trabajo no constituya un obstáculo insalvable e incompatible con la maternidad o con otras responsabilidades familiares. Pero, a la vez, si se quiere garantizar que el reconocimiento de estos derechos de conciliación no genere el efecto inverso, el de retraer aún más la contratación de trabajadoras en cuanto titulares de más derechos, es necesario adoptar medidas y fórmulas que atribuyan esas responsabilidades en iguales condiciones y con idénticas consecuencias a trabajadores y trabajadoras y prever instrumentos para animar y fomentar esa corresponsabilidad. Este doble objetivo ya se recogía en la Ley 39/1999, para la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, cuya Exposición de Motivos señalaba que la Ley «trata, además, de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres. Al mismo tiempo, se facilita que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia».

Siguiendo la pauta de la Ley para la conciliación, la LOIMH se ha presentado como una Ley que ofrece nuevas medidas e instrumentos para favorecer la conciliación. Su Exposición de Motivos señala expresamente que «Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa». Entre esas nuevas previsiones, y por lo que ahora nos interesa, la LOIMH ha incorporado un nuevo apartado 8 en el artículo 34 ET, conforme al cual se reconoce a los trabajadores el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo en los términos que establezca la negociación colectiva o el acuerdo a que se llegue con el empresario.

En esta materia, el alcance de la intervención de la jurisprudencia ha tenido perfiles diferentes según el órgano resolutorio del conflicto. La polaridad del conflicto ha ido desde la abierta e incontestada afirmación de la tutela de la reducción de jornada como valor esencial ligado a la igualdad y a la protección de la familia, hasta interpretaciones más limitativas de su alcance. En este terreno, han sido los Juzgados de lo Social y la doctrina de suplicación quienes, antes y después de la LOIMH, han sostenido una interpretación tuteladora del derecho de los trabajadores a la adaptación de su horario en función de sus necesidades familiares, con el único límite de las exigencias organizativas del empresario (STSJ Madrid 27 de junio de 2007, AS 3087; STSJ Madrid 19 de diciembre de 2007, AS 837/08).

Lejos de lo que inicialmente pudiera parecer, el nuevo artículo 34.8 ET ha servido para frenar esas interpretaciones generosas con el derecho de adaptación de la jornada de las trabajadoras y trabajadores. En sus sentencias de 13 y 18 de junio de 2008 (RJ 4227 y 4230, respectivamente), el Tribunal Supremo debía decidir si procedía atender las reclamaciones de dos trabajadoras que solicitaban de sus empresarios una adaptación de su horario para poder atender sus responsabilidades

familiares, en un caso, el cuidado de un hijo menor de seis años y en el otro, el cuidado de una hija con una minusvalía del 51 por 100. Ambas pretensiones se apoyaban en una interpretación extensiva de los preceptos legales apoyada en la protección de la familia y en la necesidad de conciliar la vida laboral y la familiar. El Tribunal Supremo rechaza, sin embargo, el derecho reclamado porque el texto legal no permite una interpretación como la que se reclama. En la norma, advierten las sentencias, el derecho del trabajador a concretar el horario de trabajo para conciliarlo con sus responsabilidades familiares se condiciona a la reducción de la jornada, que tiene la contrapartida negativa de reducción proporcional del salario. Pero sin dicha reducción no cabe reconocer un derecho individual del trabajador a adaptar su jornada y su horario. La posible aplicación del artículo 34.8 ET no alteraría esta conclusión porque el reconocimiento que este precepto hace del derecho a adaptar la duración y la distribución de la jornada se condiciona a los términos que se establezcan en la negociación colectiva.

Un segundo ámbito donde se ha puesto también de manifiesto la existencia de interpretaciones distintas en relación con la protección de la igualdad se refiere al alcance de la tutela frente al despido de las trabajadoras durante su embarazo. Es este un terreno donde la protección se ha reforzado a través de un doble mecanismo. Por una parte, estableciendo una fórmula directa de protección, que vincula de forma automática la maternidad con la nulidad de las sanciones o despidos sin causa justificativa (arts. 8 y 10 LOIMH) –y que tiene su complemento procesal en la regla de la inversión de la carga probatoria (art. 96 LPL y art. 13 LOI)–. Por otra, mediante una progresiva ampliación de los supuestos protegidos, bien incrementando el periodo temporal durante el que opera la protección –al incluir a los trabajadores que se hayan reincorporado tras un periodo de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, hasta los nueve meses desde el nacimiento, adopción o acogimiento del hijo– bien incluyendo supuestos no previstos por la norma –como ocurre con las trabajadoras sometidas a procesos de fecundación in vitro, a las que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha tutelado frente al despido (STJCE 26 de febrero de 2008)

El primero de los aspectos señalados ya ha determinado algún pronunciamiento interesante en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria por razón de embarazo. La SJS Madrid de 16 de abril de 2008 (St. núm. 3116/2008) declaró la nulidad del despido de una empleada del hogar embarazada por considerar que la decisión extintiva no estaba debidamente justificada y condenó a la titular del hogar familiar a la readmisión de la trabajadora. La novedad de este pronunciamiento reside en aplicar la calificación de nulidad y sus efectos en el ámbito de una relación como la del servicio doméstico cuando su normativa reguladora no prevé, en atención a la protección de la intimidad familiar y personal de los integrantes del hogar familiar, dicha posibilidad. La STSJ Madrid 24 de noviembre de 2008 (AS 146/09) resolvió el recurso contra esta sentencia aportando una solución salomónica y extraña. Mantuvo la declaración de nulidad pero aplicó los efectos propios de la improcedencia, no ya la de la norma reguladora del servicio doméstico sino la del Estatuto de los Trabajadores –que prevé una indemnización sensiblemente superior–. La aplicación de la LOIMH y la finalidad de respetar y dotar de eficacia directa a sus mandatos produce estas curiosas interpretaciones.

Por lo que se refiere al segundo aspecto mencionado –referido a la delimitación temporal de la protección de la trabajadora durante el embarazo–, en este caso

las divergencias interpretativas se han producido entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

La Sala IV en Pleno del Tribunal Supremo dictó sentencia el 19 de julio de 2006 (RJ 6653) resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina en el sentido de que para que el despido de la trabajadora sea declarado nulo por discriminatorio es imprescindible que el empresario tenga conocimiento del embarazo, aunque la sentencia cuenta con votos particulares que abogan por la solución contraria, más tarde proclamada por el Tribunal Constitucional. La sentencia argumenta para fundamentar su fallo en el sentido de considerar el conocimiento del empresario del estado de embarazo como elemento o requisito constitutivo del despido nulo de la mujer embarazada, conclusión a la que conduce la Ley 39/1999 al concebir dicho calificativo como necesario para el tratamiento de un supuesto particular de «despido discriminatorio», es decir, el despido es nulo porque lesiona derechos fundamentales y, en concreto, el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo o por razón de las cargas familiares. La garantía constitucional y legal se consigue aplicando en el sentido indicado el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto proporciona a las trabajadoras gestantes una relevante ventaja procesal como es la presunción *iuris et de iure*, prevista en el artículo 385.3 LEC del móvil discriminatorio; la presunción, según la sentencia, debe apoyarse necesariamente en un «hecho indicio», y en el marco del artículo 55.5 el hecho indicio no es otro que el conocimiento del empresario de la situación de embarazo. Sobre esta base se sustenta el hecho presunto (irrebatible porque se trata de una presunción legal), del móvil discriminatorio.

El Tribunal Constitucional, en su STC 92/2008, considera, sin embargo, que se han vulnerado los derechos de esta mujer a la no discriminación por razón de sexo y a la tutela judicial efectiva (arts. 14 y 24.1 CE). El Tribunal afirma que el amparo a la trabajadora debe admitirse aunque no haya quedado acreditado el conocimiento del embarazo por parte de la empresa, porque «la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios motivados por razón de embarazo». Señala, además, que esta circunstancia pertenece a la «esfera más íntima» de una persona y que se debe respetar su deseo de mantener oculto su estado si así lo desea. La Sala recuerda que la reforma que hizo el legislador a la Ley 39/1999 añadió un supuesto de nulidad para el caso de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, «y lo hace sin contemplar requisito alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario, ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo». En suma, «todos los criterios de interpretación» del artículo 55.5.b) ET «conducen a considerar que (...) la nulidad del despido tiene un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados por el mismo».

El intenso debate que subyace a las políticas de conciliación no ha pasado desapercibido ni siquiera en el seno del propio Tribunal Constitucional. En algunos de sus pronunciamientos se ponen de manifiesto distintos modos y formas de comprender dicha cuestión. El contraste de las STC 182/2005 y 233/2007 muestra sin ambages dos formas de entender y comprender las políticas de igualdad.

La STC 182/2005 calificó como discriminatoria la postergación profesional de una trabajadora por considerar que estaba motivada por sus embarazos y maternidades. La Sala consideró que de la valoración de la realidad fáctica subyacente se

deduce «inequívocamente» que los sucesivos embarazos y consiguientes maternidades de la demandante motivaron la no asignación de las tareas jurídicas de mayor entidad, el perjuicio derivado en la promoción económica y el cambio final de puesto de trabajo a un departamento distinto al de origen, caracterizado por carecer de contenido jurídico o por la menor entidad del trabajo de esta naturaleza, lo que ha supuesto una evidente discriminación para la trabajadora demandante de amparo. Dice la Sentencia comentada que, en el caso, «no se trata, en consecuencia, de que la recurrente haya ofrecido un panorama indiciario de la lesión que aduce, sino que se ha acreditado plenamente una conexión causal entre los hechos denunciados y el motivo jurídicamente relevante que los fundamentó (la triple maternidad)».

No entendió sin embargo vulnerado el derecho fundamental la STC 233/2007, de 5 de noviembre, en un caso en el que se modificaron las funciones asignadas a la trabajadora cuando se reincorporó al trabajo tras una baja maternal. Para el Tribunal, tal modificación no supuso un perjuicio de carácter discriminatorio vinculado al incumplimiento del régimen legal de reserva del puesto de trabajo, ni tampoco asociado al ejercicio del derecho de excedencia para el cuidado de hijos. Así, el Tribunal entiende que no todo incumplimiento de la Ley que regula los derechos y garantías de la trabajadora que ejerce un derecho relacionado con la maternidad implica, automáticamente, la existencia de una discriminación vulneradora del artículo 14 CE.

Una última cuestión que, de seguro, está llamada a plantear serios problemas en un futuro próximo es la relativa al alcance y contenido del artículo 13 LOIMH, sobre carga de la prueba en procesos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamentan en actuaciones discriminatorias. Hasta el momento el canon de control constitucional de este tipo de hechos en el ámbito laboral se canaliza, a partir del artículo 96 LPL, a través de la prueba indiciaria. La misma se articula en un doble plano (entre tantas otras, SSTC 90/1997, de 6 de mayo; 66/2002, de 21 de marzo, y 151/2004, de 20 de septiembre). El primero consiste en la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia. El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión (SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero; 30/2002, de 11 de febrero; o 17/2003, de 30 de enero). Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido.

Frente a este esquema, el artículo 13 LOIMH resulta más contundente pues dispone que «De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamentan en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad». Esta previsión fue acompañada de la modificación de los artículos 217 LEC y del

artículo 60.7 LRJCA, pero no se alteró el texto del artículo 96 LPL. Esto, según las primeras interpretaciones judiciales, provoca una paradoja «puesto que en los ámbitos civil y contencioso de la jurisdicción bastará el simple alegato de discriminación por razón de sexo para que se active la carga probatoria en el sentido expuesto, mientras que en las relacionales laborales las trabajadoras deberán acreditar indicios de vulneración de su derecho a no ser discriminadas por razón de sexo, para que se activen las cargas probatorias reiteradas, lo que constituye un manifiesto de trato desigual», y se añade que ello «obliga necesariamente a considerar derogado el artículo 96 LPL (...). Así pues, las empresas, a quienes sus trabajadoras imputen discriminación por razón de sexo, deberán acreditar que las medidas tomadas no eran discriminatorias, así como la proporcionalidad de las mismas» (SJS Madrid de 30 de junio de 2008, St. núm. 318/2008). En realidad, este sistema de distribución de la carga probatoria ya opera en el ámbito laboral aunque sólo en los supuestos de despido disciplinario u objetivo de la trabajadora embarazada o que esté ejercitando derechos vinculados con la maternidad, en los que la protección es objetiva y automática. Pero la interpretación judicial comentada amplía sensiblemente los supuestos de aplicación de esa ventaja procesal al hacerla operativa ante cualquier tipo de decisión empresarial.

Los mencionados ejemplos son solo algunos supuestos que evidencian las tensiones, de mayor o menor nivel, entre el reconocimiento legal de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y su aplicación práctica en el terreno de las relaciones laborales. Pero, por encima de ello, revelan el papel, absolutamente esencial e insustituible, que los órganos judiciales asumen en la garantía de esa igualdad; garantía que habitualmente se materializa asegurando el trato igual sin distinción por razón de sexo pero que, en otras ocasiones –cuando la igualdad entra en contacto con otros derechos o intereses– opera delimitando sus límites. De esta tarea judicial, de su mayor o menor acierto al identificar los diversos perfiles de la igualdad, dependerá en buena medida el éxito de la LOIMH.

