

## **La protección contra la discriminación por razón de maternidad**

**STC núm. 108/2019, de 30 de septiembre**

**Eduardo Rojo Torrecilla**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*

**Resumen:** *La sentencia declara que se ha vulnerado el derecho de la demandante de amparo a no sufrir discriminación por razón de sexo, recogido en el art. 14 de la Constitución, y el restablecimiento de su derecho. Avanza en la construcción jurídica de la lucha contra todo tipo de discriminación por razón de la maternidad, tanto antes del acceso al empleo como durante el desarrollo del mismo, y con independencia de la intencionalidad o no que pueda existir en la decisión discriminatoria*

**Palabras clave:** *Discriminación, maternidad, acceso al empleo, amparo*

**Abstract:** *The judgement states that the right of the plaintiff to not suffer discrimination on the basis of sex, enshrined in article 14 of the Constitution, and the restoration of her right, has been violated. It advances in the legal construction of the fight against all types of discrimination on the basis of maternity, both before access to employment and during the course of employment, and regardless of whether or not the discriminatory decision is intentional*

**Keywords:** *Discrimination, maternity, access to employment, protection*

---

### **I. Introducción**

Se trata, sin duda alguna a mi parecer, de una sentencia importante en materia de protección, con alcance constitucional, contra la discriminación por maternidad. No es desde luego la primera ocasión en que el TC se pronuncia de forma contundente en este aspecto, como lo prueban otras importante sentencias anteriores<sup>[1]</sup>, si bien sí lo es en cuanto a las consideraciones generales que se efectúan sobre la necesidad de seguir avanzando, tanto jurídica como socialmente, en la construcción jurídica de la lucha contra todo tipo de discriminación por razón de la maternidad, tanto antes del acceso al empleo como durante el desarrollo del mismo, y con independencia de la intencionalidad o no que pueda existir en la decisión discriminatoria<sup>[2]</sup>.

### **II. Identificación de la resolución judicial comentada**

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano:** Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

**Número y fecha de la resolución judicial:** sentencia núm. 108/2019, de 30 de septiembre.

**Tipo y número de recurso:** recurso de amparo núm. 2925/2018.

**ECLI:** ES:TC:2019:108.

**Fuente de consulta:** CENDOJ.

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Fernando Valdés Dal-Ré.

**Votos particulares:** carece.

### **III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes en sede judicial laboral**

Situemos primeramente los términos del litigio en sede judicial laboral antes de pasar al examen del recurso de amparo, las alegaciones de la abogacía de Estado (oponiéndose al recurso) y del Ministerio Fiscal (pronunciándose por la estimación) y de la fundamentación jurídica de la sentencia del alto tribunal que le llevará a estimar vulnerado el art. 14 CE.

Conoce del conflicto el Juzgado de lo Social núm. 7 de Valencia, en procedimiento de reconocimiento de derecho y tutela de derechos fundamentales, con la pretensión de la parte demandante de declaración de una actuación discriminatoria de la demandada hacia ella por razón de sexo, la condena a su contratación, el abono de las cantidades dejadas de ingresar como salario desde el momento que hubiera debido hacerlo, y finalmente una indemnización de 50.000 euros por los daños morales sufridos.

El acto del juicio tuvo lugar el 16 de mayo de 2016 y la sentencia se dictó el 23 de junio, con estimación parcial de la demanda, por cuanto declaró que la parte demandada había vulnerado el derecho de la demandante a la no discriminación por razón de sexo, declarando nula la decisión empresarial de no incorporarla al puesto de trabajo para que el que había sido seleccionada, y ordenando la retroacción de los efectos económicos de la sentencia al momento en que se procedió a su selección, el día 3 de agosto de 2015. Me parece importante destacar que el Ministerio Fiscal interesó la estimación de la demanda por entender vulnerado el derecho de la actora a no sufrir discriminación por razón de sexo, tanto por vulneración del art 14 CE como del art. 8 de la LO 3/2007.

Previamente, la demandante había accionado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, habiendo declarado el juzgado c-a núm. 10 de Valencia, mediante auto de 10 de febrero de 2016, su falta de jurisdicción para conocer del litigio, siendo pues con posterioridad cuando la trabajadora acciona en sede jurisdiccional social.

¿Cuál era la situación jurídica que acabo siendo conflictiva en sede judicial? La convocatoria de un proceso selectivo por parte del Instituto Nacional de Estadística para la cobertura de una plaza de personal laboral mediante la contratación de interinidad de una persona, previa preselección de los candidatos por los servicios públicos de empleo, al objeto de cubrir temporalmente la plaza de un trabajador con reserva de puesto de trabajo y que se encontraba en situación de baja por incapacidad temporal. La demandante superó las pruebas y quedó en primer lugar, por puntuación, del proceso de selección, habiéndose publicado la lista definitiva el 3 de agosto de 2015, previéndose la incorporación de manera inmediata. No obstante, esta no se produjo ya que el día 4 la ganadora de las pruebas comunicó que no podía incorporarse el día previsto por haber dado a luz pocos días antes, a la par que manifestaba expresamente que “no renunciaba a la plaza”, y solicitaba la reserva “hasta el momento en que se pudiera incorporar”, de tal manera que pedía también que no se adjudicara la plaza a quien había obtenido la segunda mejor puntuación.

La petición de la candidata al empleo fue rechazada por el INE al día siguiente, 5 de agosto, mediante escrito de la secretaria general en el que se exponía que “... finalizado el proceso selectivo y confeccionándose la relación de candidatos por puntuación obtenida en el mismo, debe procederse, según el espíritu que recogen estas bases de convocatoria, a formalizar el contrato con la persona, que encontrándose en la mejor posición pueda realizar el trabajo de manera inmediata; siendo esta inmediatez y urgencia en la prestación de servicios la que ha motivado

que la Dirección General de la Función Pública haya autorizado, de manera excepcional, el proceso selectivo referido...”. A continuación, el INE procedió a la contratación de quien había obtenido la segunda mejor puntuación con fecha 14 de agosto, dándose la circunstancia de que la trabajadora contratada solicitó reducción de jornada a partir del 29 de septiembre.

Antes de formalizarse dicha contratación la demandante había presentado una denuncia por su situación, el 10 de agosto, siendo respondida por la Unidad de Igualdad del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, rechazando que se hubiera producido una actuación discriminatoria hacia la trabajadora, por cuanto la no contratación no se debió a una negativa de la Administración a hacerlo, sino que aquello que ocurrió fue “más bien un incumplimiento de dicha interesada del deber de incorporarse a la plaza solicitada, desde la que podría haber pedido la baja por maternidad”, remitiendo en todo caso a la denunciante a la vía judicial para que se pronunciara al respecto por cuanto las unidades de igualdad son, ex art. 77 de la LOIMH, “básicamente órganos de asesoramiento en materia de igualdad y no un órgano de control”.

La magistrada de instancia desestimó las alegaciones procesales formales expuestas por la parte demandada, consistentes en la caducidad de la acción y en la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario al no haberse citado como demandada a la trabajadora que fue contratada. En cuanto al fondo, desestimó la alegación de estar ante una actuación conforme a derecho y en modo alguno discriminatoria ya que la contratación requería de la inmediata incorporación al puesto de trabajo, de tal manera que no estaba prevista ni la sustitución ni la reserva de puesto de trabajo.

No será esta la tesis de la juzgadora de instancia tras analizar las causas posibles de sustitución del trabajador interino según la base 13 de la convocatoria<sup>[3]</sup>. Dado que quedó perfectamente acreditado que la demandante no tuvo en ningún momento voluntad de renunciar a la plaza, no se acredita motivo alguno de los contemplados en la base 13 para que ocupe la plaza la segunda persona mejor puntuada, siendo el real motivo de la actuación empresarial la reciente maternidad de la demandante, algo contrario al marco constitucional y legal y que ya ha encontrado acogida en la jurisprudencia del TC, citándose ampliamente en la sentencia de instancia la STC 66/2014 de 5 de mayo<sup>[4]</sup>. Trae a colación esta sentencia la del JS para poner de manifiesto, ante de fallar en sentido favorable a la tesis de la demandante, que “la diferencia entre empleado público por tener plaza de titular, o en su caso funcionario en prácticas como en el supuesto anterior o en caso de autos por contratación laboral en la plaza de interino por sustitución o vacante, no puede aplicarse ni producir diferencia alguna en el derecho fundamental a no ser discriminado, por lo que, con independencia del tipo de plaza de empleado público debe ser aplicado el citado artículo 8 de la Ley 3/2007 a todos por igual”.

Contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de suplicación por la parte empresarial al amparo del art. 193 c) de la LRJS, es decir con alegación de infracción de normativa y jurisprudencia aplicable, en concreto arts. 14 CE y 8 LOIMUH, como la interpretación que de estos efectúa tanto el TC como el TS, con cita de varias sentencias. La tesis de la parte recurrente reiteró lo defendido en instancia: la decisión desfavorable para la actora no tuvo razón de ser, no tuvo como causa el sexo, sino su “incumplimiento del deber de incorporarse a la plaza solicitada, desde la que podía haber pedido la baja por maternidad”, además de insistir en que la inmediatez y urgencia de incorporación a la plaza convocada no permitían tomar otra decisión. Para la parte recurrente, si se aplica el test de sustitución o test de *but for* (cambiar el sexo para averiguar si las consecuencias jurídicas habrían sido las mismas si la no contratación se habría producido si el sexo hubiera sido diferente) también se habría dado un resultado contrario a la existencia de discriminación. Remataba su argumentación la parte recurrente poniendo nuevamente de manifiesto que la persona contratada también era mujer y que además al poco tiempo de incorporarse al trabajo solicitó, y le fue concedida, la reducción de jornada por cuidado de menor.

Delimitado así el debate sustantivo o de fondo del litigio, es decir estando en presencia de un conflicto en el que se debate la vulneración o no de un derecho fundamental, en el marco del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas regulado en los arts. 177 a 184 de la LRJS, se trata justamente de averiguar si tal vulneración se ha producido y si la parte actora ha aportado los indicios suficientes de discriminación para trasladar la carga de la prueba a la parte demandada. Es a partir de esta delimitación de caso cuando la Sala procede a un repaso de la jurisprudencia del TC sobre la carga de la prueba, así como también, posteriormente, de los hechos probados en instancia, y llega a la conclusión de que “si bien cabe apreciar la existencia de indicios de vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, los mismos resultan neutralizados por la prueba en contrario desplegada por la Administración. Reconoce la Sala que la petición de la actora y la respuesta posterior del INE, denegatoria de la pretensión de no ocupar la plaza y reservarla hasta que ello pudiera producirse, plantea una “sospecha de vulneración del derecho a la no discriminación por razón de ser sexo”, pero esta queda “neutralizada” por la propia actuación de la parte demandante que fue quien decidió “unilateralmente” no ocupar la plaza ni formalizar la relación contractual laboral cuando hubiera debido serlo. La actuación de la parte demandada, expone con contundencia la Sala, se manifiesta ajena a todo propósito discriminatorio, en cuanto que la negativa “habría tenido lugar verosímilmente, en todo caso (pensemos en una neumonía o apendicitis), por existir causas suficientes y serias, para entender como razonable la decisión empresarial”. Por ello, el debate jurídico quedaría reducido, en su caso, a un problema de legalidad ordinaria, la validez de la contratación de la persona que ocupaba la segunda posición en la lista de candidatos, que debería sustanciarse en un procedimiento ordinario y no en el de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas<sup>[5]</sup>.

¿Estamos ante un supuesto fáctico en el que cabe concluir que hay un conflicto sobre la posible vulneración de un derecho fundamental o bien ante uno de mera legalidad ordinaria? La tesis de la juzgadora de instancia era la primera, mientras que la del TSJ era la segunda.

La parte recurrente en amparo interpuso previamente recurso de casación para la unificación de doctrina, que fue desestimado, con plena corrección a mi parecer, por auto dictado el 14 de marzo de 2018. La sentencia aportada de contraste fue la dictada por la Sala Social del TSJ de Baleares el 25 de marzo de 2013, en la que se declaró la existencia de discriminación hacia una trabajadora de un hospital que fue postergada en su contratación por razón de su embarazo.

El TS, tras subrayar la dificultad existente para apreciar la existencia de contradicción, requerida por el art. 219.1 de la LRJS cuando estamos en presencia de litigios sobre discriminación y en los que las conclusiones a las que llegan las Salas son el resultado de la libre valoración efectuada de las pruebas, concluye que en la primera (sentencia recurrida) el TSJ de la Comunidad Valenciana consideró que los indicios quedaban neutralizados por la actuación empresarial, mientras que ello no ocurrió en la segunda, siendo distintas las situaciones fácticas, ya que en la primera aún no se había formalizado la contratación, mientras que en la segunda “obra la existencia de una dilatada relación contractual entre las partes, debatiéndose únicamente si su postergación en la contratación para la Unidad de Neonatos por razón de su estado de gravidez, a favor de otras trabajadoras con peor posición en la Bolsa de Trabajo, atentaba el derecho fundamental a no ser discriminada por razón de sexo, máxime cuando con anterioridad había mediado denuncia por parte del Sindicato a la empresa de que tal práctica resultaba discriminatoria”.

#### **IV. Posiciones de las partes y normativa aplicable al caso**

Finalizada la tramitación judicial en vía laboral, acude la parte trabajadora al recurso de amparo (núm. 2925-2018), por entender, con reiteración de argumentos ya expuesto en instancia y en el trámite de impugnación al recurso de suplicación, que se había producido una vulneración del derecho constitucional, y desarrollado legalmente,

de no discriminación por razón de sexo, habiendo sido presentado el 24 de mayo del pasado año.

El TC procede primeramente a un sucinto recordatorio de los hechos probados de la sentencia de instancia, no controvertidos en suplicación, y a continuación recuerda, también sucintamente, la argumentación de aquella para estimar parcialmente la demanda y la posterior sentencia del TSJ que estima el recurso de la parte empresarial y considera no existente la vulneración alegada de un derecho fundamental.

En el recurso de amparo, la parte actora sustenta la argumentación de haberse vulnerado el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo recogido en el art. 14 de la CE en jurisprudencia anterior del TC que se pronunció sobre la existencia de tal vulneración aun cuando no se encontrara vigente una relación laboral, y subrayó que debía ser la parte demandada, de acuerdo a la doctrina constitucional, la que hubiera debido ofrecer una “alternativa razonable” a la situación en la que se encontraba la trabajadora (no incorporación por razón de previa maternidad) y que hubiera neutralizado en su caso el indicio de vulneración, dando la vuelta al argumento empresarial, y también a la de la sentencia del TSJ, al defender que el INE hubiera podido formalizar la contratación con la demandante e inmediatamente después reconocerle los derechos derivados de su situación de maternidad. Al estar en presencia de un conflicto en el que cuestiona la vulneración de un derecho constitucional, y habiéndose probado a juicio de la recurrente, tal como se apreció en la sentencia de instancia, que se había producido con la conducta empresarial, no cabría en modo alguno justificar tal decisión con meros argumentos de legalidad ordinaria como podían ser las tesis empresariales de existencia de un inmediata y urgente necesidad de ocupación de la plaza o la de “falta de previsión normativa de reserva del puesto de trabajo sin mediar una previa contratación”. Más relevante es a mi parecer, y así lo recogerá la sentencia del TC con confirmación de su doctrina anterior, que es indiferente, a los efectos de acreditar la existencia de la discriminación y la consiguiente vulneración de un derecho de la actora, el que pudiera no haber intencionalidad en la decisión empresarial para su producción, ya que aquello que importa es el resultado producido con aquella.

El recurso de amparo fue admitido por considerarse que concurría en el mismo la “especial trascendencia constitucional” requerida por el art. 50.1 de la LOTC, en cuanto que plantea “un problema o afecta a una faceta del derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de esta Sala”. A mi parecer, más que hablar de falta de doctrina sobre la protección contra la discriminación por razón de la maternidad, que ciertamente ya existe con sentencias anteriores, creo que se trata de reforzar esa protección con un supuesto que no se había dado aun concretamente (recordemos que los dos anteriores fueron la no posibilidad de acceder a una oferta de empleo y la realización de un curso diferida en el tiempo con respecto a los compañeros del proceso selectivo), así como de sentar principios generales, de índole jurídica y social, que refuercen esa protección.

En fase de alegaciones, la parte recurrente reprodujo sustancialmente las expuestas en el recurso, con énfasis en el “olvido” por parte de la administración demandada, de “la trascendencia constitucional del asunto”.

Por la abogacía del Estado se solicitó la desestimación del recurso, con argumentos semejantes a los que encontramos en la sentencia del TSJ. Es decir, que la aplicación del test de sustitución hubiera llevado a un resultado que permitía concluir con la inexistencia de discriminación por razón de sexo, por cuanto la decisión empresarial respondió a razones de inmediatez y urgencia requeridas para la ocupación de la plaza, y también que en modo alguno existía discriminación si se reparaba en que la persona contratada era también mujer y había solicitado, poco después de la contratación, reducción de jornada de trabajo por cuidado de un menor.

Es importante destacar que el Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso en su preceptivo trámite de alegaciones. Para la Fiscalía, fue la Administración la que

obstaculizó el ejercicio de los derechos de la recurrente, la perjudicó “por tener la honradez de informar, antes de ser contratada, de una circunstancia que afectará al desempeño de su trabajo”. Hubiera debido la Administración según la Fiscalía, con tesis que comparto y que también hará suya el TC, informar de sus derechos a la demandante, cosa que no hizo, sino que por el contrario, y desde la primera comunicación, le manifestó que “no procedería a la contratación de la trabajadora si no estaba en disposición de desempeñar inmediatamente el puesto de trabajo, haciéndole creer que no tenía derecho a acceder a la plaza porque su reciente maternidad le impedía legalmente trabajar”. Alega también en apoyo de su tesis el Ministerio Fiscal la STC núm. 2/20017 de 16 de enero, en la que se descarta que sea necesaria una intencionalidad lesiva o motivación discriminatoria por parte de la demandada, siendo lo realmente importante que la no contratación tuvo su razón de ser en el dato objetivo de la maternidad de la trabajadora, producida pocos días antes de la publicación de la lista de aspirantes que habían superado las pruebas y de la fecha de incorporación al puesto de trabajo.

## V. Doctrina básica y pasajes decisivos

Cuál es la fundamentación jurídica de la sentencia de 30 de septiembre para llegar a la estimación del recurso de amparo?

En primer lugar, un amplio, detallado y riguroso recordatorio del marco constitucional (art. 14 CE) y legal (LOIMH), así como del europeo (Directiva 2002/73/CE y Directiva 2004/113/CE) tendente a garantizar la protección adecuada contra toda discriminación por razón de sexo. Sin olvidar, por supuesto, el reconocimiento de tal derecho en la normativa propiamente laboral, en la LET (art. 4.2 c y 17.1). A este repaso, sigue otro no menos amplio, detallado y riguroso, de la jurisprudencia constitucional al respecto, con prohibición de todo trato peyorativo por razón del sexo de la persona afectada, y más en concreto cuando se trate de actuaciones derivadas del estado biológico de la mujer trabajadora, debiendo protegerse sus derechos profesionales y siendo “la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad... un supuesto de discriminación directa por razón de sexo”. Subraya, o más bien en puridad reitera una vez más el TC, que en su jurisprudencia ha establecido “un canon mucho más estricto y riguroso que el de la mera razonabilidad y proporcionalidad que, desde la perspectiva general del principio de igualdad de trato, se exige para la justificación de la diferencia normativa de trato”, exigiendo en el juicio de legitimidad constitucional “una canon mucho más estricto”, así como también “un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad”.

¿Dónde empieza la aportación específica del TC en esta sentencia para reforzar y ampliar la protección contra todo tipo de discriminación por razón de maternidad? En el apartado 3, donde se combinan los argumentos jurídicos y sociales, unos ya plasmados en la jurisprudencia constitucional y otros a modo de *obiter dicta* que pretenden, sin duda alguna a mi parecer, reforzar la protección, que se concreta mucho más en una frase recogida en el apartado 4, cuál es la “finalidad tuitiva y pedagógica” de la doctrina constitucional sobre la efectividad del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo, esto es “de respuesta histórica en favor de la parificación social y jurídica que precisa la población femenina, también en el ámbito laboral”.

Dicha frase no se entendería sin haber leído antes la argumentación contenida en el apartado anterior, en el que el TC subraya que con su doctrina sobre la no discriminación por razón de sexo que puede sufrir, que sufre, la mujer trabajadora, “es preciso poner conciencia en su significado, que tiene vocación tuitiva subjetiva, pues así lo implica la consagración constitucional del derecho fundamental a la no discriminación, pero también intención pedagógica y evolutiva en orden a la afirmación del modelo de convivencia que la norma fundamental refleja”, para añadir inmediatamente a continuación, reforzando aún más si cabe esta tesis, que el art. 14 CE “quiere otorgar tutela subjetiva, sin duda, pero asimismo modificar el estado de cosas, el modelo y la conciencia sobre la igualdad sustancial entre los seres humanos,

entre los colectivos y ciudadanos, actuando contra el mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población no sólo en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la C.E.”.

Y esta situación, como sigue explicando la sentencia, afecta a la mujer para el acceso al trabajo y a su promoción e igualdad sustancial dentro del mismo, aun reconociendo la transformación que se ha producido. Por ello, y ahora nuevamente con apoyo en su jurisprudencia, el TC subraya la necesidad de favorecer la igualdad sustantiva como “elemento definidor de la noción de ciudadanía” en nuestro orden constitucional”, y hacerlo de tal forma que se amplíe la protección, de tal manera que le corresponde “desplegar su sentido profundo ligado a la dignidad de la persona y valor de todo ser, y tutelar y favorecer el cambio de conciencia y convivencia que solo la paridad garantiza”.

Es a mi parecer la parte doctrinal más relevante de la sentencia, si bien no dejan de ser relevantes también, si acaso como confirmación y refuerzo de su jurisprudencia anterior, los argumentos concretos que llevarán a la estimación del recurso de amparo y que desgrana el TC previa afirmación de que “hay una serie de factores que concurren singularmente en este caso, que le dotan de una singularidad que debe ser abordada”; Pasemos pues a su examen y en el mismo orden que los analiza la sentencia.

- La prohibición de discriminación por razón de sexo cuando aún no ha sido formalizada la relación contractual<sup>[6]</sup>.
- El deber de la Administración de garantizar la no discriminación a la mujer con fórmulas tuitivas y flexibles.

La tesis favorable se sustenta en la propia LOIMH, que traspuso al ordenamiento interno la Directiva 2002/73/CE y en las medidas que establece tendentes a garantizar una actuación favorable a la plena aplicación del principio de igualdad por parte de las Administraciones Públicas, concretadas en el art. 51. También en apoyo de su tesis se remite a la jurisprudencia del TJUE, concretamente a la sentencia de 16 de febrero de 2006, asunto C-294/04, que abordó una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, en la que se debatió acerca de la fecha que debía tomarse como referencia para el cómputo de la antigüedad de la interesada como funcionaria, ya que la recurrente “sostenía que debía tomarse la fecha de su nombramiento, pese a que en esa fecha se encontraba en permiso de maternidad, y no la fecha de su toma de posesión efectiva al término de dicho permiso”<sup>[7]</sup>.

La conclusión que se deriva de la jurisprudencia comunitaria, que en términos similares se plasma en la referenciada STC núm. 66/2014, y del marco normativo estatal, es la de la obligación del órgano administrativo competente de adoptar medidas oportunas que evitaren que la maternidad se constituyera en un obstáculo para el acceso al empleo, algo que no se hizo en el caso enjuiciado ya que la Administración, ante la manifestación expresa de la trabajadora de que no renunciaba a la plaza, solo le manifestó que debía incorporarse inmediatamente al trabajo, y al no hacerlo así procedió a la contratación de la segunda persona de la lista. No cumplió, pues, la Administración, su obligación de “favorecer cualquier alternativa viable que la garantizare de forma compatible con la prohibición de discriminación por razón de sexo, como la jurisprudencia reseñada y la Ley Orgánica citada requieren”.

- La intencionalidad lesiva.

Tesis reiterada del TC es que la vulneración de derechos fundamentales puede darse aunque no exista tal intencionalidad lesiva, por cuanto aquello que importa es que se vea afectado, negativamente, el contenido esencial de un derecho constitucional fundamental. Se remite en este punto a la su sentencia núm. 3/2007. Es claro que sí ha existido un perjuicio en el caso enjuiciado, ya que la recurrente no pudo formalizar una contratación laboral a la que tenía derecho.

Habiéndose vulnerado tal derecho, carecen de relevancia constitucional las otras argumentaciones utilizadas para tratar de justificar la decisión empresarial, y por ello “no pueden aducirse como justificación habilitante frente a la discriminación causada las razones de servicio y urgencia de cobertura de la plaza a las que hace referencia el abogado del Estado, o la resolución recurrida.

Quedó claro que la actora en ningún momento tuvo la voluntad de renunciar a su plaza, y que solo pidió la adaptación temporal a su situación de baja por maternidad, manifestando además expresamente que no se procediera a la contratación de otra persona. Frente a tal petición, fue la parte demandada la que, más allá de la intencionalidad de su decisión, decidió que aquella no podía acceder al empleo, “sin ofrecerle una vía que garantizara el derecho que obtuvo en el proceso de selección”.

- La irrelevancia del término de comparación.

Se rechaza el argumento de que no existiría discriminación porque fue contratada una trabajadora, y que además se le reconocieron a esta, poco después de la contratación, “derechos asociados a la maternidad”. Para el TC, con apoyo en su jurisprudencia anterior, no se debate si hay un contraste con un tercero, no es esta la referencia para determinar si existe o no discriminación, “sino solo la verificación de la concurrencia del factor protegido y el perjuicio que a él haya quedado asociado”. Tampoco hubiera variado la respuesta si se aplica el test de sustitución, porque aquello que verdaderamente importa es que la maternidad fue lo determinante” y es lo que determina la diferencia en el resultado final, tratándose de “un factor protegido por tanto, que serviría tanto en el contraste con varones, como, asimismo, con la persona que fue contratada, mujer, como la recurrente, pero que, en cambio, no se encontraba en una situación equivalente a la examinada”.

## **VI. Parte dispositiva**

Conclusión de todo lo anteriormente expuesto, y con ello concluyo, es que la recurrente vio vulnerado su derecho a no sufrir discriminación por razón de su estado biológico de maternidad, y que la decisión empresarial no fue respetuosa con el contenido esencial del derecho, siendo el TC el que se lo ha devuelto a la parte actora, a la par que ha “aprovechado” la sentencia objeto de mi comentario para reforzar y ampliar la protección. Esta es sin duda la reflexión más importante de todo lo expuesto con anterioridad.

---

## **Referencias:**

1. <sup>^</sup> *La STC núm. 214/2006, de 3 de julio de 2006 versa sobre la situación de una trabajadora demandante de empleo, inscrita como tal en el servicio público de empleo, que no puede acceder a una oferta de empleo por haber suspendido aquella situación el SPE por razón de su maternidad y no poder incorporarse al trabajo, al menos durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto. Para el TC, “Nada hay en las actuaciones que permita apreciar que por las concretas características del puesto de trabajo ofertado existiera algún tipo de incompatibilidad temporal que impidiera tanto un leve retraso en la fecha de incorporación de la trabajadora como una suspensión inicial de su relación laboral hasta la fecha de finalización del período de descanso por maternidad y, en cualquier caso, no ha sido ninguna consideración de dicha naturaleza la que ha justificado la decisión del Inem de suspender la demanda de la trabajadora ni la estimación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la conformidad a Derecho de dicha decisión. Por lo demás, como*

apunta la recurrente, en último término sería el propio ofertante de empleo el que debería haber valorado, en su caso, qué obstáculos podrían derivarse de la situación particular de una concreta candidata de cara a su eventual contratación, sin perjuicio de la consideración que, desde la perspectiva constitucional, hubiera de merecer tal valoración. Pero no corresponde a la función del Inem el condicionar de antemano la decisión, haciendo suya, por esa vía, la hipotética conducta discriminatoria en que pudiera haber incurrido el ofertante de empleo". De la STC núm. 3/2007 de 15 de febrero, que también será referenciada en la argumentación del TC en el litigio ahora objeto de examen, me interesa destacar que en el fundamento jurídico 5 la Sala procede a un amplio y detallado repaso de su consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, con referencias tanto a la normativa interna (LOIMH) como de la comunitaria (varias Directivas reguladoras de la igualdad en materia de empleo y ocupación, y de igualdad de trato en acceso a bienes y servicios y su suministro). Repasa asimismo el concepto de discriminación y su contenido, con especial atención, en lógica consonancia con las circunstancias concreta del caso enjuiciado, a la que se produce por razón del embarazo, con una muy amplia transcripción de la STC núm. 233/2007 de 5 de noviembre, subrayando como idea general que conviene ahora recordar para hacer efectiva la cláusula del art. 14 CE, el tribunal "ha establecido un canon mucho más estricto y riguroso que el de la mera razonabilidad que, desde la perspectiva genérica del principio de igualdad, se exige para la justificación de la diferencia normativa de trato". Y tal discriminación puede producirse aun cuando pudieran concurrir otros motivos, como pudiera ser en el caso ahora analizado, apunto por mi parte, la necesidad organizativa de la empresa, "que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio".

2. <sup>^</sup> Sobre la jurisprudencia del TC en la materia, hasta mediados de 2018, me permito remitir al muy interesante artículo de la profesora Alejandra Selma, "Discriminación por maternidad", publicado en la obra colectiva dirigida por la profesora Carmen Sánchez Trigueros "Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la ley de igualdad entre mujeres y hombres" (BOE, 2018), en el que formula una crítica muy constructiva al art. 8 de la Ley Orgánica 3/2017 de 22 de marzo para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que dispone que "Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad", argumentando con apoyo tanto en la realidad social como en el marco jurisprudencial, que "sin duda existen múltiples ejemplos de discriminación indirecta por estos motivos que también tendrán clara acogida dentro del ámbito protector de la LOI (tal y como contempla el artículo 6 de la citada Ley)".
3. <sup>^</sup> "En caso de que alguno de los candidatos propuestos no presente la documentación correspondiente en el plazo establecido, no cumpla los requisitos exigidos a los aspirantes, renuncie, o la certificación emitida por la unidad de personal respecto al correcto desempeño del puesto de trabajo durante el período de prueba sea desfavorable, el puesto se adjudicará al siguiente candidato de la relación a la que se refiere la base 9".
4. <sup>^</sup> Recordemos que ese litigio versó la situación de una funcionaria en prácticas que pidió, y no le fue concedido, el aplazamiento de su incorporación al curso práctico necesario para alcanzar la plaza con categoría de titular, dictaminando el TC que se había producido una vulneración de los derechos de la recurrente por razón de su maternidad.

5. <sup>^</sup> Dado que la tesis de la Sala para llegar a tal conclusión es sobre la que se fundamentará el recurso de amparo y también sobre la que construirá su argumentación jurídica el TC para su estimación, es importante su reproducción. Para la Sala: "... lo cierto es que: a).- la superación de un concurso-oposición, sin la firma de un contrato o la toma de posesión, es un proceso incompleto; b).-antes de constituir el vínculo con la administración, no está legalmente prevista una reserva de "primera posición alcanzada en la lista" ni de nombramiento de sustituto/a al que va a ser el/la sustituto/a. En cuanto a los "motivos" que tiene la aspirante para no formalizar el contrato, debemos resaltar que los mismos (muy respetables y dignísimos) son propios y particulares de la misma. Se alega imposibilidad de incorporación al trabajo por haber dado a luz a una hija; y con independencia de que tal imposibilidad no consta en el relato fáctico (más allá del cómputo matemático que podemos hacer de 10 días entre el alumbramiento y el escrito presentado -no con la posible firma del contrato-), lo bien cierto es que por sí misma, tal alegación de parte (la imposibilidad), no determina la violación del derecho a la igualdad por razón de sexo, porque la administración, con su actuar, no está vulnerando el derecho a la maternidad sino que la decisión de contratar a la siguiente en la lista fue tomada por la no incorporación al trabajo de la demandante, abstracción hecha del concreto motivo alegado; concurren pues, causas serias ajenas a todo propósito atentatorio. Y si bien es cierto que la actora pertenece a un grupo tradicionalmente minusvalorado o marginado por su notoria debilidad y desprotección ( STC 177/1993, de 31 mayo ), que tiene una posición social de desventaja por las razones previstas en los arts. 14 CE y 17 ET (sexo, raza, etc.), tal mero hecho no determina que se deba presumir que la actuación de la empresa ha venido dada por su situación de mujer y madre trabajadora. Es más, la empresa al contratar a la segunda aspirante ha formalizado un contrato con una mujer que es madre, ya que al poco tiempo pidió la reducción de jornada por guarda legal".
6. <sup>^</sup> En este punto, el TC se remite a la doctrina constitucional en la materia, con cita de la ya referenciada STC núm. 214/2006 y también de una anterior, núm. 173/1994, de 7 de junio. Su conclusión es que la discriminación puede producirse antes de formalizarse el contrato, estando amparada la persona afectada en ese estadio precontractual. El art. 14 CE, en su tutela discriminatoria, "gobierna también esa fase del curso laboral y sus formalizaciones jurídicas".
7. <sup>^</sup> En la citada sentencia, tras recordar su doctrina general de que "Al ejercer las mujeres los derechos que el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 les confiere, no se les puede tratar de modo desfavorable en cuanto al acceso al empleo ni en cuanto a las condiciones de trabajo, puesto que dicha Directiva pretende, desde esa perspectiva, garantizar una igualdad material y no formal...", y que la aplicación de las disposiciones relativas a la protección de la mujer embarazada "no puede tener como consecuencia un trato desfavorable en cuanto al acceso al empleo de ésta, de modo que no permite a un empresario negarse a contratar a una candidata embarazada debido a que una prohibición de trabajo motivada por dicho embarazo le impide destinarla, desde el primer momento y durante su embarazo, al puesto de trabajo por tiempo indefinido que se encuentre vacante...", concluyó tras el examen de los datos fácticos disponibles que "el aplazamiento de la toma de posesión de la Sra. ... como funcionaria, consecutivo al permiso de maternidad del que disfrutó la interesada, constituye un trato desfavorable en el sentido de la

*Directiva 76/207”, y fallando que “La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se opone a una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora que se encuentre en permiso de maternidad, los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, aplazando la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad”.*