

MUJER EMBARAZADA Y DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO*

JOSÉ ENRIQUE RUIZ SAURA

Investigador Contratado Predoctoral-FPU de Derecho del Trabajo y de la Seg. Social

Universidad de Murcia

EXTRACTO **Palabras Clave:** Mujer, embarazo, discriminación, acceso al empleo, igualdad.

La igualdad de la mujer en el acceso al empleo es un pilar básico para la cohesión social en España y en el conjunto del espacio comunitario, lo cual hace que sea un objetivo que debe guiar permanentemente la actuación de los poderes públicos y de los operadores jurídicos. Y esta cuestión es aún más relevante cuando la tutela antidiscriminatoria tiene como destinataria a una mujer en estado de gestación o en un momento posterior al parto. Por ello, a nivel nacional y en el seno la Unión Europea, la doctrina jurisprudencial ha llevado a cabo una extensa reflexión sobre el alcance y extensión del ordenamiento jurídico para dispensar la protección necesaria ante una desigualdad histórica en el ámbito del trabajo, como es la soportada por la mujer frente al hombre. Esta ingente actividad llevada a cabo por los más altos tribunales en los últimos años requiere una ordenación y sistematización para la efectiva construcción jurisprudencial del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo en la coyuntura del acceso a un puesto de trabajo.

ABSTRACT **Key Words:** Woman, pregnancy, discrimination, Access to employment, equality.

The equality of women in access to employment is a basic pillar for social cohesion in Spain and in the community space as a whole, which makes it an objective that must permanently guide the actions of public authorities and legal operators . And this issue is even more relevant when the anti-discriminatory guardianship is addressed to a pregnant woman or at a time after childbirth. For this reason, at the national level and within the European Union, the jurisprudential doctrine has carried out an extensive reflection on the scope and extension of the legal system to provide the necessary protection in the face of historical inequality in the field of work, such as the endured by women against men. This enormous activity carried out by the highest courts in recent years requires ordering and systematization for the effective jurisprudential construction of the right to equality and non-discrimination based on sex in the context of access to a job.

*El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “LA ACTIVIDAD SINDICAL Y DERECHOS COLECTIVOS EN LAS RELACIONES LABORALES DEL SIGLO XXI”, realizado en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia con la financiación del Ministerio de Universidades (FPU 19/02487).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

2. BREVE REPASO A LA PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR EMBARAZO EN EN EL OREDENAMIENTO NACIONAL E INTERNACIONAL

3. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO DE LA MUJER EMBARAZADA

3.1. Discriminación de una trabajadora embarazada antes de existir la propia relación laboral.

3.2. Discriminación en el proceso de selección.

3.3. ¿Es necesaria la intencionalidad del acto discriminatorio?

3.4. ¿Cabe la tutela antidiscriminatoria en el acceso al empleo sin haberse acreditado el conocimiento del embarazo por parte de la empresa?

1. PLANTEAMIENTO INICIAL DE LA CUESTIÓN

La igualdad de oportunidades constituye una garantía de protección contra la exclusión social, especialmente, en el ámbito laboral. De tal manera que la misma, en modelo actual de Estado de derecho vigente en nuestro entorno, repercute en el ejercicio en libertad y con autosuficiencia de otros derechos sociales inherentes a la persona. Por ello, cabe señalar con certeza que atajar todo lo posible la discriminación en el acceso al empleo es una medida que favorece la cohesión social, especialmente, si es por razón de sexo. Un ejemplo de ello puede ser, en los casos de mujeres víctimas de violencia de género, que la posibilidad de una reinserción laboral que permita superar la dependencia económica con su agresor, en ocasiones actúe como acicate para que esa víctima rompa su silencio¹.

En este sentido, se entiende que concurre una conducta discriminatoria por razón de sexo cuando se realiza una acción que genera un resultado perjudicial para la mujer trabajadora que la sufre, ya sea por ver cercenados sus derechos o sus legítimas expectativas profesionales. Así lo ha señalado el TC, que también ha puntualizado que el concepto de “discriminación” no sólo comprende las acciones lesivas basadas estrictamente en que la persona trabajadora sea mujer en lugar de hombre, sino que también abarca la concurrencia de razones o circunstancias que vinculadas inequívocamente con el sexo de esa persona, como ocurre con el embarazo, que es una circunstancia exclusivamente propia del género femenino².

El constituyente ha formulado este criterio sobre la base de que, para la adecuada consideración de los parámetros contenidos en el art. 14 de la Constitución Española 1978 (en adelante, CE) en lo tocante a la igualdad de la mujer en el seno de las relaciones laborales, “es preciso atender a circunstancias tales como la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquellas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre” (FJ 2; STC 3/2007, de 15 de enero)³.

En consecuencia, es clara la importancia de que los poderes públicos, los operadores jurídicos y los interlocutores sociales ejerzan su labor con la voluntad de aplicar y controlar el cumplimiento de la normativa en materia de protección contra la discriminación por razón de sexo, con la necesidad de superar los obstáculos que dimanen de las desventajas estructurales que la mujer ha arrastrado tradicionalmente en el ámbito social y económico. Y para ello, es fundamental priorizar una interpretación finalística del derecho del trabajo presidida por los objetivos sociales de igualdad plena en el seno de las relaciones laborales contenidos en la normativa de aplicación, en detrimento de una mera aplicación de la literalidad de la norma en abstracto⁴. Esto es,

¹ NOGUEIRA GUSTAVINO, M., El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente, Lan Harremanak, núm. 25, 2012, pág. 59.

² STC 173/1994, de 7 de junio , FJ 2; 136/1996, de 23 de julio , FJ 5; 20/2001, de 29 de enero , FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3 ; o 17/2003, de 30 de enero , FJ 3.

³ STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 2 (Rec. 6715/2003).

⁴ NOGUEIRA GUSTAVINO, M., El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente, Lan Harremanak, cit., pág. 60.

legislar y juzgar con perspectiva de género es enormemente relevante para el cometido señalado.

Y como es obvio, esta voluntad requerida no debe reservarse a la casuística ya conocida por ser reiterada, sino que debe estar abierta a las nuevas realidades de nuestro tiempo. Una clara muestra de ello fue el criterio flexibilizador y tuitivo de la norma (en este caso, la Directiva 82/95/CEE) contenido en la doctrina de la STJUE de 26 de febrero de 2008⁵. En esa ocasión, el Tribunal de Justicia entendió que, la prohibición legal de despedir sin causa justificada a trabajadoras embarazadas durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, debía hacerse extensivo al momento de iniciarse un proceso de la fecundación in vitro, aunque la perseguida fecundación aún no hubiera tenido lugar. De tal manera que se determinó que, el mero hecho de que la mujer se someta a este tratamiento de fecundación, es por sí mismo determinante para que la normativa despliegue su máxima protección ante las amenazas al empleo de la trabajadora (apartado 50)⁶.

2. BREVE REPASO A LA PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR EMBARAZO EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL E INTERNACIONAL

Como se ha indicado en líneas anteriores, el trato desigual motivado por una característica relacionada con el sexo de la persona, tiene una especial incidencia en la legislación de protección de las mujeres embarazadas y la maternidad, tanto de ámbito nacional como en los ámbitos comunitario e internacional⁷. Como veremos a continuación, la tutela legal y judicial a la mujer que se encuentra en estado de gestación y pretende acceder a un empleo en igualdad de condiciones que un hombre, ha sido abordada paulatinamente por el legislador.

En lo que respecta a la legislación nacional, cabe comenzar recordando que, si bien el art.14 CE no otorga de una forma expresa la protección a la maternidad o la natalidad, sí es por sí mismo un precepto que conduce a repudiar cualquier conducta referida a una distinción o trato de menoscabo a la mujer dentro de su la relación laboral a raíz de su condición de madre. De hecho, el TC expuso en su sentencia 108/2019, de 30 de septiembre⁸ 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 desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE”.

⁵ Asunto C-506/06, Caso Mayr.

⁶ NAVARRO NIETO, F., Principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria, Temas Laborales, núm. 130, 2015, pág. 115.

⁷ NAVARRO NIETO, F., Principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria, Temas Laborales, cit., pág. 110.

⁸ Rec. 2925/2018.

Como consecuencia de ello, se dispone de preceptos normativos posteriores que inciden en esa protección. En esa línea, es destacable la aportación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, en relación a la garantía de la igualdad de la mujer en el trabajo. No en vano, en consonancia con la Directiva 82/95/CEE ya citada, esta ley añadió a nuestro ordenamiento jurídico un nuevo supuesto de nulidad del despido adicional a los ya previstos hasta ese momento en el art. 55.5 ET: el supuesto de extinción contractual por voluntad del empresario de las trabajadoras en cualquier momento de su periodo de gestación.

En este sentido, no es cuestión baladí el grado de protección reforzada que la referida norma establece para el mantenimiento del puesto de trabajo de la mujer en estado de gestación, llegando incluso a superar sensiblemente el mandato de mínimos contenido en la antedicha directiva comunitaria para el legislador nacional. De hecho, así vino a señalarlo con meridiana claridad la STC 92/2008, de 21 de julio⁹:

“(…) es sobre este panorama legislativo y jurisprudencial consolidado sobre el que actuó la reforma del legislador de la Ley 39/1999 (...). Y lo hace sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario (a diferencia de lo que contempla la Directiva comunitaria), ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo (...).

.../...

Frente a esta claridad interpretativa no puede oponerse el hecho de que la Directiva comunitaria prevea expresamente la necesidad de comunicación del estado de embarazo; antes al contrario, es manifiesto el apartamiento por el legislador nacional del texto de la Directiva en este aspecto concreto, cuya transposición omite íntegramente, advirtiéndose en la propia exposición de motivos que la transposición se efectúa 'superando los niveles mínimos de protección' previstos en la Directiva”.

Así mismo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, traspuso al ordenamiento interno la Directiva 2002/73/CE. Y además, vino a señalar expresamente en su art. 8 lo siguiente “Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”.

En el ámbito del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, puede verse que uno de sus derechos fundamentales es “La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”¹⁰. Sin olvidar la Directiva 1976/207/CEE del Consejo, vigente durante décadas y que fue después modificada por la Directiva 2002/73/CEE, de 23 de septiembre, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y

⁹ Rec. 6595/2006.

¹⁰ Art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 (BOE de 30/03/2010).

mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales¹¹.

Posteriormente, entró en escena la Directiva 2006/54/CE, que fijó como objetivo la garantía “del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación”¹². Para ello, señala tres ámbitos de actuación específica por parte de los poderes públicos:

- a) el acceso al empleo, incluida la promoción y la formación profesional;
- b) las condiciones de trabajo, incluida la retribución;
- c) los regímenes profesionales de la Seguridad Social”.

Además, en el estricto ámbito de la tutela antidiscriminatoria, el art. 2.2.c de la norma establece taxativamente que, dentro del concepto de “discriminación”, ha de incluirse “el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE”¹³. Así mismo, en su art.14.1.a, incluye dentro del campo de protección de la antedicha tutela antidiscriminatoria “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”¹⁴.

A nivel internacional, en este ámbito de lucha contra la discriminación por razón de sexo, es destacable la importancia de lo contenido en la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979) y los Convenios de la OIT. Particularmente, el convenio núm. 103, sobre la protección de la maternidad (ratificado el 17 de agosto de 1965), el convenio núm. 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (ratificado el 6 de noviembre de 1967), y el convenio núm. 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (ratificado el 11 de septiembre de 1985).

3. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO DE LA MUJER EMBARAZADA

3.1. Discriminación de una trabajadora embarazada antes de existir la propia relación laboral.

Actualmente, resulta una cuestión no controvertida que el embarazo de la mujer dificulta su acceso al trabajo en no pocas ocasiones. Por ello, la discriminación en la contratación de una trabajadora por este motivo es una circunstancia que, para la

¹¹ NOGUEIRA GUSTAVINO, M., El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente, Lan Harremanak, cit., pág. 61.

¹² Art. 1 (BOE de 5/07/2006).

¹³ NAVARRO NIETO, F., Principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria, Temas Laborales, cit., pág. 111.

¹⁴ NOGUEIRA GUSTAVINO, M., El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente, Lan Harremanak, cit., págs. 62 y 63.

doctrina jurisprudencial, merece una actuación protectora similar a la que los poderes públicos han de dispensar a los supuestos extinción contractual por la referida causa. De tal forma que, cuando el trabajo sea compatible con el estado de embarazo de la trabajadora, su falta de contratación implicará una discriminación por razón de sexo, por ser ésta una situación temporal que sólo sufren las mujeres. En esta línea, resalta lo expuesto por el TC su sentencia nº 173/1994, de 7 de junio¹⁵:

“Puesto que la referida conducta prohibida ha tenido como consecuencia el crear un obstáculo definitivo al acceso al empleo de la trabajadora afectada, sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental (STC 166/1988), o sea, la ineficacia absoluta del acto empresarial extintivo; ilícito por discriminatorio”.

Igualmente, se pronunciaron en términos muy similares las sentencias del TJUE de 8 de noviembre de 1990¹⁶ y la de 21 de julio de 1991¹⁷, que determinaron la existencia de una discriminación directa por razón de sexo cuando es su embarazo la causa de la no contratación de la trabajadora demandante, siendo contraria a derecho esta decisión empresarial aunque la misma se basara en razones objetivas y no razonables. Posteriormente, el TJUE reiteró en su sentencia de 30 de abril de 1998¹⁸ que el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres (por ejemplo, la baja por maternidad) nunca puede suponer un trato peyorativo, ni con respecto a su acceso al empleo, ni en lo tocante a sus condiciones de trabajo.

Por su parte, la STJCE de 3 de febrero de 2000¹⁹ declara que incumple la Directiva 76/207/CEE la conducta empresarial de no contratar a una mujer en situación de riesgo durante el embarazo para un puesto de trabajo cuya duración estaba prevista por tiempo definido. De tal forma que ni siquiera sería justificativo de dicha conducta la imposibilidad legal de la trabajadora para ocupar el puesto durante el periodo en que se desarrolle su embarazo, sin perjuicio de su incorporación posterior. Además, la STJUE de 27 de febrero de 2003²⁰ estableció que, para los casos de riesgo en la seguridad o la salud de la trabajadora o de repercusión negativa en su embarazo o en la posterior lactancia, recae sobre el empleador la obligación de adoptar las medidas necesarias para una adaptación provisional de las condiciones de trabajo o, como última solución, de efectuar, un cambio de puesto de trabajo. La fundamentación de esta sentencia es plenamente coincidente con lo resuelto posteriormente en la STSJ de Baleares nº 162/2013, de 25 de marzo²¹, ante un supuesto equiparable:

“También se aborda en el recurso, como situación discriminatoria por razón de sexo, el supuesto de la no contratación de la mujer embarazada por el hecho de

¹⁵ Rec. 18/1992.

¹⁶ Asunto C-177/88, Caso Dekker.

¹⁷ Asunto C-345/89, Caso Stoeckel.

¹⁸ Asunto C-136/95, Caso Thibault.

¹⁹ Asunto C-207/98, Caso Silke-Karin Mahlburg.

²⁰ Asunto C-302/01, Caso Busch.

²¹ Rec. 486/2012.

no pueda cumplir durante todo su embarazo la totalidad de las tareas relacionadas con su empleo, sin que el perjuicio económico padecido por el empresario justifique su no contratación (...)

.../...

La situación de embarazo de la actora, y el no poder realizar su trabajo en el Servicio de la Unidad de Neonatos, a la que por su posición tenía derecho a ser contratada, no es causa que justifique su postergación en el acceso al trabajo de acuerdo a la doctrina jurisprudencial del TJCE expresada, pudiendo la entidad demandada adoptar las medidas posibles para evitar los riesgos laborales de la situación de embarazo, como el relevarla de la turnicidad, evitando su trabajo nocturno, o bien mediante traslado a otra unidad u otras medidas que evitaran jornadas o servicios no adecuados o aconsejados a una trabajadora embarazada, como estaría obligada a adoptarlas con una trabajadora fija, incluso a darla de baja médica por riesgo en situación de embarazo, pero en ningún caso, impedirle el acceso al trabajo”.

Por último, debe hacerse referencia dentro de este repaso a la STJUE de 16 de febrero de 2006²², la cual resolvió una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid que, aunque no abordaba directamente un hecho litigioso relacionado con la exclusión en el acceso al empleo, sí se refirió a otra circunstancia derivada de ella. Básicamente, se trató la controversia de cuál sería la fecha ajustada a derecho que debiera ser tomada como referencia a efectos de computar la antigüedad de la funcionaria demandante: si la de su nombramiento (pese a que se encontraba inactiva laboralmente por estar de baja por maternidad), o bien, la de su efectiva toma de posesión, una vez finalizado el permiso. El TJUE, finalmente, llega a la conclusión final de que la antigüedad de la trabajadora debe ser computada desde que fue nombrada funcionaria. Lo contrario, supondría permitir que su condición de madre en el momento de acceder al empleo público incidiera en una menor antigüedad para ella, es decir, que le ocasionara una penalización (intolerable por ser contraria al art. 14 CE). En su fundamentación, la sentencia se apoya en la doctrina jurisprudencial comunitaria 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”. Así mismo, finalizó señalando que “el aplazamiento de la toma de posesión (...), consecutivo al permiso de maternidad del que disfrutó la interesada, constituye un trato desfavorable en el sentido de la Directiva 76/207”.

3.2. Discriminación en el proceso de selección

Distintos tribunales han abordado casuísticas relacionadas con actuaciones llevadas a cabo por la empresa o, incluso, por el servicio de intermediación en la búsqueda de empleo, en las fases previas a adoptarse la decisión final sobre si la trabajadora es o no contratada. A continuación, destacaremos dos pronunciamientos muy relevantes sobre esta cuestión.

²² Asunto C-29/04, Caso Sarkatzis Herrero.

En primer lugar, se alude a la STC núm. 214/2006, de 3 de julio de 2006²³, que trata sobre lo acontecido en torno a una trabajadora que había iniciado su maternidad y se vio imposibilitada para acceder a una oferta de trabajo gestionada desde el servicio público de empleo. El motivo fue que el referido organismo suspendió la condición demandante de empleo de la trabajadora unilateralmente, actuando así por considerar que debido a su reciente maternidad no podría incorporarse al trabajo, al menos durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto.

El TC determinó que el servicio público de empleo había actuado de manera discriminatoria, y consideró que se excedió en sus cometidos al apartar a la trabajadora de la oferta de empleo:

“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 (...). 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”.

En segundo lugar, se hará mención a la STSJ de Canarias nº 192/2014, de 7 de abril²⁴, que recoge en sus hechos probados lo acontecido durante una entrevista de trabajo de la mercantil "AENA AEROPUERTOS, SA" en sus instalaciones del Aeropuerto Tenerife Norte. Concretamente, quedó acreditado que los entrevistadores preguntaron a la aspirante al puesto de trabajo por los detalles de su situación familiar, esto es, cuestiones referidas a su estado civil e hijos. Además, en el transcurso de la entrevista, le hicieron hincapié en las dificultades que tendría para encontrar colegio para sus hijas y para que su marido consiguiera trabajo en Tenerife. Incluso, la aspirante fue advertida del rechazo por parte de la empresa hacia una empleada que iniciara una baja por maternidad en un futuro próximo. Finalmente, tras la finalización de todo el ciclo de entrevistas a las distintas aspirantes, el puesto ofertado fue asignado a la otra candidata finalista que concurría con la actora, la cual acreditó a la empresa estar soltera y no tener hijos. El TSJ de Canarias resolvió lo siguiente:

“Como acertadamente apunta la Magistrada de instancia, el hecho de someter a una candidata a preguntas familiares y personales totalmente ajenas al trabajo a desempeñar, sea cual sea el lugar de prestación de los servicios (pues ya había manifestado su disponibilidad a desplazarse), supone una conducta discriminatoria, puesto que la trabajadora se ha visto obligada revelar sus planes

²³ Rec. 264/2015.

²⁴ Rec. 923/2012.

familiares y datos médicos pertenecientes a su más estricta intimidad²⁵, innecesarios para una gestión de personal responsable y respetuosa con la dignidad del empleado.

.../...

Y a ello nada obsta el hecho cierto de que la candidata finalmente seleccionada para el puesto al que aspiraba la Sra. Lorenza fuera también mujer, pues en el presente caso (como ocurre en numerosas ocasiones) la discriminación hacia la mujer se produce hacia ésta por un factor añadido inherente a su sexo, el ser "madre", y la situación de maternidad".

Por tanto, a la vista de lo expuesto en este apartado, se constata que el juzgador ya cuenta con antecedentes claros para fundamentar una futura actuación judicial que vele por el derecho de cualquier trabajadora a intentar participar y superar un proceso de selección para un puesto de trabajo de su interés, sin que el elemento de la maternidad (ya sea confirmada o simplemente posible a posteriori) pueda suponer obstáculo de ningún tipo.

3.3. ¿Es necesaria la intencionalidad del acto discriminatorio?

A lo largo de las últimas dos décadas, el TC ha abordado el elemento de intencionalidad para la resolución de varios recursos de amparo promovidos por trabajadoras que, debido a razones vinculadas a su embarazo o posterior maternidad, han sufrido algún tipo de perjuicio de índole laboral. Una de las conclusiones que puede extraerse de este periodo es que, la intencionalidad de quien comete el acto discriminatorio contra la mujer, no se considera en sí misma un requisito necesario para determinar la existencia de vulneración de derechos fundamentales.

La última vez que el TC ha abordado la cuestión de la intencionalidad del acto lesivo discriminatorio recaído sobre una trabajadora por razón de su embarazo, ha sido en su sentencia nº 108/2019, de 30 de septiembre²⁶. Esta resolución es destacable porque lleva a cabo un análisis riguroso de la doctrina presente hasta ese momento y expone una exhaustiva fundamentación jurídica que, como se ha señalado²⁷, supone consolidar la construcción jurídica de la tutela antidiscriminatoria por razón de la maternidad con independencia de que exista o no intencionalidad en la decisión discriminatoria.

Concretamente, los hechos analizados por esta resolución tratan sobre la convocatoria de un proceso selectivo por parte del Instituto Nacional de Estadística para la cobertura de una plaza de personal laboral, en el cual la demandante quedó en primer lugar obteniendo indiscutiblemente el derecho a ocupar dicha plaza. No obstante, se dio la particularidad de que la trabajadora había dado a luz pocos días antes de la fecha

²⁵ En el contexto de la entrevista, la actora tuvo que indicar que se había practicado un ligadura de trompas para no tener más hijos (FJ 2 *in fine*).

²⁶ Rec. 2925/2018.

²⁷ ROJO TORRECILLA, E., La protección contra la discriminación por razón de maternidad, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 7, 2019, pág. 1.

prevista para su incorporación al puesto, motivo por el que solicitó formalmente la reserva de ese puesto “hasta el momento en que se pudiera incorporar”. Sin embargo, la petición de la candidata al empleo fue rechazada por el INE, quien procedió a la contratación de quien había obtenido la segunda mejor puntuación en el proceso selectivo y desechó la posibilidad de que la demandante ocupase su plaza en el momento inmediatamente posterior a finalizar su baja por maternidad. La parte demandada, como parte de su argumentación, expuso una total ausencia de ánimo discriminatorio por parte del empleador. Como muestra de ello, señaló que la plaza había sido finalmente ocupada por otra mujer madre de una menor a la que, incluso, se le había facilitado la reducción de su jornada de trabajo para favorecer su conciliación laboral y familiar.

Frente a ello, el TC reitera su tesis de que la vulneración del derecho fundamental a la igualdad (particularmente, el vinculado a la maternidad) puede producirse con independencia de que no haya intencionalidad lesiva hacia la víctima. Y adopta esta posición debido a que, la relevancia del acto discriminatorio, radica en que el contenido esencial de ese derecho se vea menoscabado de forma objetiva. En este caso, el referido menoscabo tiene lugar, ya que la trabajadora no pudo reservar su puesto de trabajo mientras se encontraba en situación de posparto, sin que el INE se mostrara mínimamente flexible con la trabajadora para permitirle conservar su derecho a ese empleo.

Se remite en este punto a lo fundamentado en la STC 3/2007, de 15 de enero²⁸; en la 74/2008, de 23 de junio²⁹; y el 92/2008, de 21 de julio³⁰. Así mismo, en relación a ello cabe traer a colación que la STC nº 233/2007, de 5 de noviembre³¹, al juzgar la discriminación a la mujer por razón de maternidad, vino a señalar que, para hacer efectivo el derecho a la igualdad de mujeres y hombres contemplado en el 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”.

También se observa que, la casuística de este procedimiento, guarda mucha similitud con la de la STC nº 66/2014, de 5 de mayo³². Esta resolución trató el caso de una funcionaria en prácticas que pidió, sin que le fuera concedido, el aplazamiento de su incorporación al curso práctico necesario para tomar posesión de la plaza de empleada pública con categoría de titular. Al igual que ha ocurrido en esta última resolución del TC, en aquella se dictaminó la existencia de vulneración de los derechos de la recurrente por razón de su maternidad, por haberse producido una situación de perjuicio objetivo a la trabajadora por causa de su maternidad. Para ello, el TC señaló la obligación del órgano administrativo competente de adoptar cualquier alternativa viable para evitar que la maternidad de la trabajadora acabase siendo un impedimento para acceder a ese empleo, algo que fue incumplido aunque no hubiese ánimo doloso en ello.

²⁸ Rec. 6715/2003.

²⁹ Rec. 4975/2006.

³⁰ Rec. 6595/2006.

³¹ Rec. 6219/2005.

³² Rec. 3256/2012.

En la STSJ de Murcia nº 789/2018, de 19 de septiembre³³, fue seguido un criterio similar al de las sentencias reseñadas en los párrafos anteriores. En esa ocasión, se analiza el supuesto de una trabajadora que tenía un derecho preferente a ser contratada temporalmente para sustituir a un trabajador fijo en el servicio de limpieza del Hospital Virgen de La Arrixaca (Murcia), con ocasión del disfrute de las vacaciones anuales por este último. Y todo ello, en virtud de una práctica empresarial que se había venido observando reiteradamente. La controversia surgió cuando la empresa prescindió de su contratación alegando que, el puesto de trabajo que debía ocupar, no era susceptible de adaptarse a su estado biológico (embarazo) “por ser muy elevado el riesgo de enfermedades transmisibles y no ser posible eliminar el riesgo totalmente”. Para esta decisión se basó en lo indicado por el servicio de prevención de la empleadora, que entre otras cosas, expuso lo siguiente en su informe: “limitación para trabajos con riesgo de caída, exposición a radiaciones ionizantes y al riesgo de contagio de enfermedades trasmisibles”.

El tribunal entiende que lo acontecido se corresponde con un episodio de discriminación a la trabajadora por su condición de mujer embarazada, ya que la empresa no demostró haber hecho un esfuerzo por agotar todas las posibilidades existentes para destinar a la trabajadora en cualquier otra zona del hospital que no conllevara riesgo alto de contagio para ella, lo cual podría hacer en ejercicio de sus facultades de gestión y organización del trabajo. Así lo señaló en su FJ 4:

“Acreditada la existencia de indicios suficientes de la infracción denunciada del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, la empresa no acredita que su decisión de no contratar a la trabajadora estuviera basada exclusivamente en que el puesto de trabajo estaba sometido a un riesgo de contagio de enfermedad transmisible”.

En consecuencia, el tribunal entendió que se produjo la vulneración del derecho de la trabajadora a no ser discriminada por razón de sexo, remitiéndose a la ya mencionada STC 74/2008, de 23 de junio³⁴, que hace referencia a un caso similar

3.4. ¿Cabe la tutela antidiscriminatoria en el acceso al empleo sin haberse acreditado el conocimiento del embarazo por parte de la empresa?

Como se ha indicado anteriormente, la doctrina jurisprudencial ha recordado en varias ocasiones (por ejemplo, en la antedicha STC 92/2008³⁵ y, posteriormente, en la STSJ de Canarias 878/2013, de 29 de mayo³⁶) que, la nulidad del despido establecida normativamente para el caso de las trabajadoras embarazadas, es un aspecto que guarda estrecha vinculación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo que proclama el art. 14 CE. Es por ello que el legislador nacional ha querido que se consideren nulos los despidos de las trabajadoras embarazadas “desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del periodo de suspensión del contrato de trabajo

³³ Rec. 601/2018.

³⁴ Rec. 4975/2006.

³⁵ Rec. 6595/2006.

³⁶ Rec. 267/2013.

por maternidad”, al margen de haberse producido o no la previa comunicación al empresario del embarazo de la mujer trabajadora.

El TC (SSTC 74/2008, de 23 de junio³⁷; y 92/2008, de 21 de julio³⁸) señaló que, de esta forma, se opta por la nulidad autónoma y objetiva del despido de una mujer en estado de gestación, lo cual implica establecer una garantía absoluta e incondicionada para las trabajadoras embarazadas:

“todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 del Código Civil) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que la nulidad del despido tiene en el art. 55.5.b ET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración como procedente por motivos no relacionados con el mismo”.

Llegados a este punto, cabe abordar un nuevo interrogante sobre el alcance de ese “carácter automático” preconizado por el TC. Se trata de que, el cumplimiento del deber que recae sobre los poderes públicos de dispensar una protección reforzada de la prohibición de discriminación que establece el art. 14 CE, es la razón de ser de que rija en nuestro ordenamiento la nulidad objetiva del despido de la trabajadora, sin necesidad de acreditación del conocimiento del estado de gestación por parte de la empresa. Pero cabe plantearse qué ocurriría en el caso de otras vicisitudes homologables al despido, como puede ser la de dejar sin efecto la contratación prevista de una trabajadora en estado de gestación, ya que podría entenderse que estas situaciones son igualmente susceptibles de protección *ex art. 14 CE* y cabe la misma interpretación finalista de ese precepto constitucional.

Esta cuestión fue abordada de forma expresa por el TSJ de Murcia en su antedicha sentencia 789/2018, de 19 de septiembre³⁹. En esa ocasión, el tribunal entendió que, si bien existe una presunción *iuris tantum* de que los despidos de trabajadoras en estado de gestación obedecen a un móvil discriminatorio por el mero hecho de coincidir en el tiempo la extinción contractual y la situación de embarazo de la trabajadora, esta presunción no es extensible a otro tipo de perjuicios soportados por la trabajadora embarazada, como es el caso de la anulación sorpresiva del inicio de una relación laboral prevista. Por tanto, sí sería exigible para este último supuesto que la trabajadora cargue procesalmente con la obligación de acreditar indicios de la vulneración de su derecho a la igualdad, entre los cuales se incluye probar que el embarazo no era una situación desconocida por el empleador que incumplió con la contratación prevista. Así lo fundamentó en su FJ 3:

“En el presente caso nos encontramos ante una denuncia de discriminación por sexo (embarazo) ante la decisión de la empresa demandada de no proceder a la contratación temporal de la demandante, a la que tenía derecho de conformidad con las prácticas que reiteradamente se han venido aplicando para la cobertura temporal de tal tipo de vacantes, causadas por el disfrute de vacaciones del personal fijo, por lo que resulta aplicable la jurisprudencia del TC y del Tribunal

³⁷ Rec. 4975/2006.

³⁸ Rec. 6595/2006.

³⁹ Rec. 601/2018.

Supremo, según la cual por la trabajadora demandante es preciso acreditar indicios de la vulneración denunciada del derecho fundamental a no ser discriminada por razón de sexo, lo que produce la inversión de la carga de la prueba incumbiendo a la empresa acreditar la ausencia de la discriminación alegada (por todas, las sentencias del TC de fechas 29/2002, de 11 de febrero⁴⁰; 30/2002, de 11 de febrero⁴¹; 17/2003, de 30 de enero⁴²; y 342/2006, de 11 de diciembre⁴³).

Procede en consecuencia rechazar la denuncia jurídica que se formula en el recurso afirmando que procede estimar la discriminación denunciada con independencia del conocimiento por parte de la empresa de la situación de gestación de la trabajadora demandante”.

Una vez visto lo anterior, puede llegarse a la conclusión de que, en esta ocasión, el TSJ de Murcia adoptó un posicionamiento al contenido en la STC 173/2013, de 10 de octubre⁴⁴, para fundamentar el fallo desestimatorio del recurso de amparo planteado⁴⁵. La cuestión abordada guardaba un cierto paralelismo con la anterior, pues se debatía si era necesario acreditar el conocimiento del embarazo de la trabajadora por parte de la empresa que extinguió su contrato de trabajo por no superación del periodo de prueba (además de cualquier otro indicio de discriminación), es decir, poco tiempo después de comenzar en su trabajo la mujer embarazada. Pues bien, en este caso, el TC determinó que era exigible esta circunstancia para poder entrar a valorar la existencia de móvil discriminatorio en el cese de la actora.

“(..) la extinción del contrato durante el periodo de prueba será nula (como cualquier otra decisión extintiva) si se produce con vulneración de derechos fundamentales, como sucederá si la decisión empresarial es una reacción al embarazo de la trabajadora (STC 17/2007, de 12 de febrero). Ello sentado, y aplicando la doctrina constitucional en materia de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero), entiende el Tribunal que en el presente caso no existían indicios de discriminación, pues no ha quedado acreditado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora”.

Como se ha dicho, parece que el TSJ de Murcia asumió un criterio similar a éste. Aunque, atendiendo al criterio flexibilizador y tuitivo apelado en la introducción de este estudio, se entendería más acertado y, sobre todo, más acorde a la tutela antidiscriminatoria a la que insta nuestra carta magna, el voto particular formulado por los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré, Adela Asua Batarrita, Luis Ignacio Ortega Álvarez y Juan Antonio Xiol Ríos a la referida sentencia del TC. De la argumentación

⁴⁰ Rec. 198/1998.

⁴¹ Rec. 1481/1998.

⁴² Rec. 1150/1999.

⁴³ Rec. 342/2006.

⁴⁴ Rec. 3773/2011.

⁴⁵ MARTÍN VALVERDE, A., “Nulidad objetiva del despido de una mujer embarazada: alcance de la doctrina constitucional y bases para una revisión crítica (análisis de la STC 173/2013)”, *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2014, pág. 4.

del mismo, destacamos el siguiente extracto (que también podría hacerse extensivo al incumplimiento de la formalización del contrato previamente pactado con una trabajadora embarazada):

“Como fundamento de la inexistencia de resultados inconstitucionales, se invocan los perfiles propios del periodo de prueba y las consiguientes diferencias entre los institutos laborales comparados. Y ante semejante argumentación, la pregunta que aflora es esta: ¿cuál es el soporte que consentiría el que esas peculiaridades de la prueba pudieran habilitar un distinto y menos intenso régimen de tutela antidiscriminatoria? Es este, sin embargo, un interrogante al que no se responde. Seguramente, porque no hay razón que justifique constitucionalmente la conclusión alcanzada (...).

.../...

(...) De un lado, asigna una menor protección a la embarazada en periodo de prueba, minusvalorando la vigencia de los derechos fundamentales precisamente en los escenarios contractuales de mayor precariedad laboral, tal y como sucede, precisamente y enunciada la idea en términos relacionales, con el periodo de prueba frente al régimen extintivo ordinario del contrato de trabajo (...). De otro, implica subestimar la concurrencia del factor biológico personal tutelado, reduciendo su relevancia constitucional en función de circunstancias ajenas al contenido esencial del derecho, como son los factores contractuales enunciados en la transcripción de la Sentencia que he realizado líneas atrás”.

Cabe por tanto, mantenerse a la expectativa de que el constituyente puede valorar la modulación de su criterio en años venideros para, de esta manera, hacerlo más extensivo a acciones discriminatorias acaecidas con carácter previo a que la relación laboral pre-acordada con la trabajadora embarazada dé comienzo.

BIBLIOGRAFÍA

- MONSALVE CUÉLLAR, M. E., *Género y no discriminación: Análisis transversal e interdisciplinar*, Ed. Aldebarán, Madrid, 2019.
- MARTÍN VALVERDE, A., “Nulidad objetiva del despido de una mujer embarazada: alcance de la doctrina constitucional y bases para una revisión crítica (análisis de la STC 173/2013)”, *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2014, pág. 4.
- NAVARRO NIETO, F., “Principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, págs. 110-116.
- NOGUEIRA GUSTAVINO, M., “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”, *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012, págs. 19-52.
- NOGUEIRA GUSTAVINO, M., “La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 73, 2008, págs. 171-204.
- PÉREZ DEL RÍO, T., “Guía de negociación colectiva sobre la discriminación por razón de género en el empleo y las condiciones de trabajo, la igualdad retributiva y la violencia de género”, *Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, 2009, págs. 59-63.
- ROJO TORRECILLA, E., “La protección contra la discriminación por razón de maternidad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2019, págs. 1-11.
- SELMA PENALVA, A., “Discriminación por maternidad”, en AA.VV., HIERRO HIERRO, F., KAHALE CARRILLO, D. T., SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Coords.), *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, Boletín Oficial del Estado, 2018, págs. 271-303.
- VICENTE PALACIO, M. A., “En busca de la igualdad material de las mujeres”, *Lan Harremanak*, núm. 25, 2011, págs. 191-229.