

La urgencia e inmediatez en la cobertura del puesto es irrelevante en caso de discriminación en el acceso al empleo público por maternidad

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2019](#), de 30 de septiembre

María Teresa Alameda Castillo

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Carlos III de Madrid*

1. Marco regulador de referencia

El [artículo 8 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), establece como discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad y, en conexión con ello, el [artículo 5](#) recoge que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido. Estas referencias normativas suponen la traslación también al campo del acceso al empleo de la declaración general de prohibición de discriminación por razón de sexo del [artículo 14 de la Constitución española](#) (CE) (segundo inciso) del derecho a no ser discriminado directa o indirectamente para el empleo o, una vez empleado, por razones de sexo y de la nulidad de decisiones unilaterales del empresario que den lugar a discriminaciones directas o indirectas por esta causa ([art. 17 Estatuto de los Trabajadores](#)).

En conexión con ello, el [Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo](#), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, establecerá la prohibición de discriminación por razón de sexo en el acceso a los medios de formación profesional, a la admisión en el empleo y en las condiciones de trabajo, y en la [Directiva 2006/54](#), relativa

Cómo citar: Alameda Castillo, M.^a T. (2019). La urgencia e inmediatez en la cobertura del puesto es irrelevante en caso de discriminación en el acceso al empleo público por maternidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2019, de 30 de septiembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 151-157.

a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, el principio de igualdad de trato incluye también la ausencia de toda discriminación directa/indirecta por razón de sexo en relación con las condiciones de acceso al empleo, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación.

2. Síntesis del supuesto de hecho

El 29 de junio de 2015, el Instituto Nacional de Estadística (INE) publicó las bases para la convocatoria de un proceso selectivo para la cobertura de una plaza de personal laboral de técnico superior de gestión y servicios comunes, sujeto al convenio colectivo único de la Administración general del Estado. El contrato sería de interinidad y la preselección se encomendó a los servicios públicos de empleo. La recurrente de amparo se presentó al proceso selectivo y quedó en primer lugar en la relación definitiva de aspirantes con una puntuación total de 90,89. La siguiente aspirante obtuvo una puntuación de 88,54.

El 4 de agosto de 2015, un día después de la publicación de aspirantes aprobados, la demandante de amparo presentó escrito comunicando al INE su imposibilidad de incorporarse al trabajo por haber dado a luz a una hija el 25 de julio de 2015, manifestando expresamente que no renunciaba a la plaza y solicitando la reserva de la misma hasta el momento en que se pudiera incorporar y sin que se procediera, por tanto, a la adjudicación de la plaza a la siguiente candidata. El 5 de agosto, el INE contesta a la actora que debía procederse «según el espíritu que recogen las bases de la convocatoria» a formalizar el contrato con la persona que encontrándose en la mejor posición pudiera realizar el trabajo de manera inmediata, siendo la inmediatez y urgencia en la prestación de servicio lo que motivó que la Dirección General de la Función Pública autorizara, de manera excepcional, el proceso selectivo referido. Así, el puesto fue adjudicado a la segunda de la lista, a la que, por otra parte, se le reconoció el derecho a reducción de jornada por guarda legal.

La actora presenta demanda el 21 de marzo de 2016 y el Juzgado de lo Social núm. 7 de Valencia dicta sentencia estimando parcialmente la demanda, declarando la violación del [artículo 14 de la CE](#), por vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, con reconocimiento de la relación jurídica con efectos retroactivos al momento de la selección en fecha 3 de agosto de 2015. Con base en ello condenaba a la demandada al abono de 12.791 euros como retribuciones que le corresponderían y al abono de las cotizaciones de la Seguridad Social, junto con una indemnización por daños morales de 25.000 euros, cantidad menor que la solicitada en la demanda. El INE interpone recurso que es estimado por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana dejando sin efecto la sentencia de instancia. Para el TSJ, el organismo probó que su actuación obedeció a unas determinadas razones que están alejadas de un ánimo atentatorio del derecho a la no discriminación por razón de sexo y la maternidad. La superación de un concurso-

oposición sin la firma de un contrato o la toma de posesión es un proceso incompleto y, antes de constituir el vínculo con la Administración, no está legalmente prevista una reserva de «primera posición alcanzada en la lista» ni el nombramiento de sustituto. En cuanto a los motivos (considerados por el tribunal de suplicación «muy respetables y dignísimos»), se alega la imposibilidad de incorporación al trabajo por haber dado a luz a una hija, y la Administración, para el TSJ, no violó derecho alguno vinculado a la maternidad, sino que la decisión de contratar a la siguiente en la lista fue tomada por la no incorporación de la demandante al trabajo. Para el tribunal, además, el INE no vulnera el derecho a la no discriminación por razón de sexo, porque formalizó un contrato con una mujer que es madre y que pidió la aludida reducción de jornada por guarda legal.

Tras ello se interpone recurso de casación para unificación de doctrina, que fue inadmitido por falta de contradicción, y, después, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC) contra la sentencia del TSJ por vulneración del principio de no discriminación por razón de sexo del [artículo 14 de la CE](#). La demanda de amparo considera que la sentencia recurrida resulta contraria a la jurisprudencia constitucional y europea, al decidir que no hay vulneración del derecho fundamental alegado, porque fue decisión de la demandante no incorporarse al trabajo y no se inició por ella la relación laboral y porque concurrían razones de urgencia en el servicio y no motivación discriminatoria. El recurso se admite a trámite, al entender que el caso plantea un problema o afecta a una faceta del derecho fundamental sobre el que no hay doctrina del TC.

El Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento de amparo alineándose en la posición de la recurrente. La empleadora no le dio la opción de incorporarse y pedir la baja por maternidad, ya que, desde la primera comunicación, el INE puso de manifiesto que no procedería a la contratación si la trabajadora 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. El organismo queda comprometido por la obligación genérica de promover la libertad e igualdad del [artículo 9.2 de la CE](#) y, además, las Administraciones públicas ([art. 51 LOIMH](#)) deben remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, de suerte que el INE debía poner en conocimiento de la demandante sus derechos cuando podía ejercerlos y no lo hizo.

Se opone a ello el abogado del Estado.

3. Posición judicial

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tenido oportunidad de pronunciarse, en varias ocasiones, sobre la discriminación directa en el acceso al empleo de mujeres embarazadas. En el [asunto Dekker \(Sentencia de 8 de noviembre de 1990, C-177/88\)](#)

consideraría discriminatoria la negativa a contratar a una mujer embarazada alegando falta de liquidez para asumir la ausencia y en el [asunto Mahlburg \(Sentencia de 3 de febrero de 2000, C-207/98\)](#) estimaría igualmente discriminatoria la negativa a contratar a una mujer embarazada con contrato indefinido alegando incompatibilidad entre las funciones del puesto y la gestación, pues el impedimento alegado vinculado a la maternidad es temporal. En esta misma línea, recientemente, la [Sentencia de 20 de junio de 2019, asunto Hakebracht \(C-404/18\)](#), vuelve a recordar el criterio general: el hecho de no contratar a una candidata por estar embarazada debe considerarse un trato menos favorable a una mujer relacionada con el embarazo que constituye una discriminación directa por razón de sexo (art. 2, apdo. 2, letra c), [Directiva 2006/54](#) y considerando 23).

A nivel interno, viene manteniéndose similar posición. El TC sostiene (y así lo pone de manifiesto en la [sentencia objeto del presente comentario](#)) que puede existir vulneración del [artículo 14 de la CE](#) con relación a decisiones empresariales en materia de contratación aun cuando no esté vigente la relación laboral (también, SSTC [66/2014, de 5 de mayo](#), y [214/2006, de 3 de julio](#)). Así, no cabe mantener que solo cuando esté en curso esta puede generarse una conducta discriminatoria, puesto que, de mantenerse esta postura, quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional –las especiales dificultades de acceso al empleo de colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad (STC [173/1994, de 7 de junio](#))–. Además, la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen discriminación directa por razón de sexo (previamente, SSTC [182/2005, de 4 de julio](#), [162/2016, de 3 de octubre](#), y [2/2017, de 16 de enero](#)).

En el campo de las justificaciones, el TC recuerda que, a diferencia del principio de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la parificación y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación imponen como fin, y generalmente como medio, la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto de las exigencias materiales de proporcionalidad. Además, recoge el TC en la [sentencia que aquí se comenta](#) (asimismo, STC [91/2019, de 3 de julio](#)) la esencial afirmación de la intención pedagógica y evolutiva de la doctrina constitucional en materia de no discriminación por razón de sexo que exige hoy abundar en la protección, ampliar y desplegar su sentido profundo vinculado a la dignidad de la persona. Con base en lo expuesto, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del [artículo 14 de la CE](#) cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de la minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en estos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discrimi-

minatorio ([STC 162/2016, de 3 de octubre](#)). Así, se vienen descartando argumentos como la imposibilidad de poder desempeñar inmediatamente el trabajo por el permiso de maternidad ([STC 214/2006, de 3 de julio](#)) u otros más débiles como el coste económico de tener que instalar baños para mujeres ([STSJ de Canarias 1860/2008, de 22 de diciembre](#)). En línea con el primer argumento, en la [sentencia analizada](#), el TC descarta como justificación habilitante frente a la discriminación causada las razones del servicio y la urgencia de la cobertura de la plaza, pues las decisiones empresariales fundadas en motivos expresamente prohibidos como el sexo no pueden ser valoradas como un mero acto de libertad o de ejercicio de facultades habilitadas por el derecho. Lo mismo que el interés empresarial u organizativo latente en ese tipo de decisiones, sea del tipo que sea, no puede legitimarse a través de medidas contrarias al mandato constitucional de prohibición de discriminación de la mujer (previamente, [STC 182/2005, de 4 de julio](#)).

La aludida irrelevancia de las justificaciones en el enjuiciamiento de las conductas discriminatorias por razón de sexo se conecta también con la irrelevancia del término de comparación y con la indiferencia de la intencionalidad lesiva. En relación con lo segundo, el TC mantiene que el juicio de discriminación del [artículo 14 de la CE](#) no exige un contraste con nadie, con un tercero, sino solo la verificación de la concurrencia del factor prohibido y el perjuicio que a él haya quedado asociado (también, [SSTC 171/2012, de 4 de octubre](#), y [104/2014, de 23 de junio](#)). En línea con ello, alude el TC al test *but for* o test de sustitución, utilizado en ocasiones por el TJUE y por el Tribunal Supremo, que consiste en cambiar el sexo u otra circunstancia personal del sujeto para contrastar si las consecuencias jurídicas habrían sido las mismas. Y, en este contexto, aun siendo clara la obligatoriedad de la formalización del contrato que afecta a todo concursante en un proceso de selección independientemente de su sexo, también lo es que la maternidad fue lo determinante y solo en la recurrente se dio la diferencia en el resultado producido. El factor protegido 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, como lo demuestra el hecho de que a esta última nada le impidiera la prestación del servicio.

En relación con la intencionalidad lesiva, el TC viene manteniendo que es indiferente ante vulneraciones de derechos fundamentales, pues en ello subyace la idea de la esencialidad del derecho (contenido esencial) que queda menoscabado, al margen de intencionalidad. Así, la clave será que se rebase o desconozca el contenido esencial ante limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección ([STC 11/1981, de 8 de abril](#)). Trasladando este planteamiento a la discriminación por razón de sexo, bastará con que quede probado que el factor protegido estuvo en la base del perjuicio o minusvaloración laboral sufrida por la mujer trabajadora, esto es, la objetividad del perjuicio ([STC 2/2017, de 16 de enero](#)). Tal planteamiento se asume también en tribunales de suplicación en el contexto de discriminaciones indirectas por razón de sexo ([STSJ de Andalucía/Granada de 22 de febrero de 2012, rec. 2880/2011](#)).

Destaca, asimismo, la [sentencia comentada](#) el deber de la Administración de garantizar la no discriminación de la mujer con fórmulas tuitivas y flexibles, pues la propia LOIMH, en su [artículo 51](#), establece que corresponde a aquella remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional. El TC apoya su argumentación en un caso similar resuelto por el TJUE en [Sentencia de 16 de febrero de 2006 \(asunto Instituto Madrileño de Salud, C-294/04\)](#), petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid. En aquel supuesto, la demandante, una vez superadas las pruebas de acceso para un puesto de auxiliar administrativo del Instituto Nacional de Salud, fue nombrada funcionaria, pero no pudo tomar posesión en ese momento por encontrarse de baja por maternidad y solicitó su aplazamiento, pero con reconocimiento de efectos económicos y administrativos desde la fecha de nombramiento. Ante la negativa de la Administración, el órgano judicial plantea cuestión prejudicial y el TJUE declara que la directiva se opone a una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora 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 su toma de posesión hasta el término del permiso de maternidad. Así, trasladando este planteamiento y argumentación al supuesto de base de este comentario, es claro que el órgano administrativo estaba obligado a ofrecer medidas, fórmulas flexibles, que impidieran que la maternidad fuera un obstáculo para el acceso al empleo público de la recurrente, neutralizando así la vulneración del principio de no discriminación del [artículo 14 de la CE](#) (asimismo, [STC 66/2014, de 5 de mayo](#), y [STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto Napoli, C-595/12](#)). Ante la comunicación de la actora de su imposibilidad de incorporarse al trabajo por haber dado a luz a una hija y su no renuncia a la plaza solicitando la reserva de la misma hasta el momento en que se pudiera incorporar, la Administración debería haber ofrecido alguna alternativa razonable que permitiera, atendiendo a su maternidad, el acceso al empleo (derecho que obtuvo en el proceso de selección) y no la adjudicación del puesto de trabajo a la siguiente candidata que superó el proceso selectivo.

4. Trascendencia de la doctrina establecida y posibilidad de consolidación *ad futurum*

Desde la óptica del juicio riguroso de la no discriminación por razón de sexo y la maternidad en el acceso al empleo, los argumentos del TC son los adecuados y podrían consolidarse *ad futurum* en supuestos similares en línea con la aludida [STJUE de 16 de febrero de 2006](#). Ahora bien, en esta sentencia del tribunal comunitario se trataba de una persona interina que accedía a la condición de funcionaria, por tanto, su relación de empleo con la Administración sería duradera en el tiempo. Sin embargo, en la sentencia comentada no se da esta circunstancia, sino que, por el contrario, se trata de contratación temporal y urgen-

te, pero la discriminación en el acceso al empleo por maternidad se produce igualmente y de ahí la importancia de la posición del tribunal. La solución habría de ser idéntica, establecimiento de mecanismo protector adecuado: contratación y reconocimiento sucesivo de derechos de maternidad (paso a la situación de baja por maternidad y sustitución por este tiempo por la segunda en la lista). En ambos casos, eso sí, no habría finalizado el proceso de acceso al empleo público: en el primer caso (comunitario), con la toma de posesión como funcionaria, y, en el segundo (interno), con la incorporación al puesto.

La Administración alude en el supuesto enjuiciado a la urgencia e inmediatez para cubrir el puesto, pero en ningún momento se refiere a que las funciones a desarrollar se agotaran en 14 semanas (2 ya pasadas, 10 días desde el nacimiento de la hija). Ahora bien, podríamos plantearnos qué ocurriría en tal caso, esto es, si el carácter totalizador de la protección no discriminatoria por maternidad y la aludida irrelevancia de las justificaciones alegadas podrían llevarnos a idéntica solución, incluso, cuando las funciones o tareas se agotaran en el periodo de maternidad. Es decir, si no cabría privar a la candidata que ha superado el proceso de selección de su contratación y posterior disfrute de sus derechos de maternidad. No se alude a ello en la sentencia, pero entendemos que la respuesta podría ser igualmente afirmativa. Esto es, la tutela restitutoria conduciría, igualmente, al reconocimiento de la relación jurídica con efectos retroactivos en línea con la sentencia de instancia confirmada por el TC.

Podríamos plantearnos también en este contexto de restitución ante la nulidad de un acto por vulneración de derechos fundamentales si, eventualmente, podría llegar aquella a la incorporación al puesto, de seguir existiendo este. Esto supondría una proyección hacia el futuro (prestación de servicios en la Administración a partir de ese momento) que se añadiría a la proyección hacia el pasado (reconocimiento retroactivo de la relación jurídica con abono de salarios, cotizaciones y daños morales). La respuesta también aquí ha de ser afirmativa, pues la tutela restitutoria se concretará en resultados diversos dependiendo del momento del proceso de acceso a un puesto de trabajo en que nos encontremos, y, en el caso analizado, este estaba prácticamente concluido a falta de la incorporación al puesto. Ninguna referencia en esta línea se contiene en la sentencia de instancia ni en el recurso y tampoco lo menciona el TC, pero la proyección de la doctrina constitucional en la legalidad ordinaria en esta dirección puede ser importante.

Por su parte, la tutela resarcitoria se concreta en el caso enjuiciado, como anticipamos, en el abono de salarios y cotizaciones e indemnización por daños morales, presente esta ante la vulneración de cualquier derecho fundamental, y ello al margen de las dificultades probatorias de estos.