

¿El fin de la maternidad como obstáculo en la carrera profesional de las mujeres en la doctrina judicial?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 685/2020, de 5 de junio](#)

Sergio Martín Guardado

*Investigador en formación en el área de Derecho Constitucional.
Universidad de Salamanca*

1. Marco normativo de referencia

La primera referencia con la que contamos a nivel interno parte del principio (formal), valor y derecho de la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo (arts. 1.1 y 14 Constitución española –CE–) que, en el Estado social y democrático de derecho, adquiere un sentido material, elevando la igualdad a función de Estado, en virtud del reconocimiento del principio de igualdad efectiva ([art. 9.2 CE](#)). Ello supone que los poderes públicos deben asegurar el cumplimiento del derecho formalmente proclamado en el [artículo 14 de la CE](#), en el sentido del principio de primacía constitucional y la asegurada eficacia horizontal que proclama la norma fundamental ([art. 9.1 CE](#)), que también vincula a los particulares. Sobre esta base, los derechos fundamentales reconocidos por la carta magna a los ciudadanos y que entre los ciudadanos deben cumplirse, y, en concreto, la igualdad que debe llegar a existir y regir de forma plena entre mujeres y hombres, en todas las facetas propias de la vida humana, como es, una de ellas, el acceso al empleo, donde no cabe imponer o sufrir discriminaciones fundadas en el sexo ([art. 35.1 CE](#)). Específicamente, en el ámbito de la Unión Europea (UE), se reconoce expresamente la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito del empleo y la ocupación (art. 153.1 i) [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–](#)), de tal forma que la Unión también proclama el principio de igualdad material (art. 8 [TFUE](#)) y, además, lo hace en un ámbito concreto, en

Cómo citar: Martín Guardado, S. (2020). ¿El fin de la maternidad como obstáculo en la carrera profesional de las mujeres en la doctrina judicial? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 685/2020, de 5 de junio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 159-165.

consonancia con el marco jurídico-constitucional vigente. Esto es así porque la igualdad entre mujeres y hombres es un valor fundamental de la Unión (arts. 2 y 3.3 [Tratado de la Unión Europea](#)). Ello dota de un contenido suprallegal a la igualdad entre hombres y mujeres, que queda establecido como principio y derecho, ampliando y concretando el derecho originario de la Unión las disposiciones de la CE ([art. 10.2 CE](#)) y posibilitando la adopción de medidas, en este sentido, en el marco de la Unión que vinculan a España en tanto Estado miembro de la UE ([art. 93 CE](#)).

Con base en lo inmediatamente expuesto, se han venido adoptando normas de derecho derivado, ya derogadas, que se refunden en la vigente [Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006](#), relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (Directiva). Esta norma asume, como las anteriores, que la discriminación en el acceso al empleo que traiga causa o tenga raíz en la maternidad o el estado gestante de la madre supone una discriminación directa por razón de sexo (considerando 23), en los términos del [artículo 6.1 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH); de tal forma que ni el nacimiento del hijo y su cuidado ni el embarazo pueden justificar un trato menos favorable a las mujeres, en comparación a los hombres, incluyéndose expresamente, además, la prestación por maternidad como causa de discriminación directa a estos fines (arts. 2.2 c) [Directiva](#) y [8 LOIEMH](#)); lo que está en plena consonancia con la protección constitucional que la norma fundamental ofrece ([art. 39.2 CE](#)). De esta forma se reputa contraria al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres la interrupción o negación relativa a la adquisición de derechos durante los permisos de maternidad, en tanto causa de discriminación directa o indirecta ([art. 9.1 g\) Directiva](#)); de tal forma que puede aprovecharse de todos los beneficios para el acceso al empleo a los que hubiera tenido derecho durante su ausencia ([art. 15 Directiva](#)).

Por todo lo expuesto, a pesar de que el [Estatuto Básico del Empleado Público \(EBEP\)](#) no se refiera expresamente a estas cuestiones, debemos tener presente como punto de partida que la exigencia del acceso al empleo se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad (arts. [103.3 CE](#) y [55.1 EBEP](#)). Por tanto, al ser la igualdad uno de los principios que rige el acceso a la función pública, haciendo una interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, hemos de entender que debe garantizarse por parte de los poderes públicos que la maternidad no suponga, en ningún caso, un obstáculo para acceder al empleo público, por exigencia del principio de igualdad material o efectiva ([art. 9.2 CE](#)).

2. Supuesto de hecho: la falta de cómputo de la maternidad como experiencia docente

Mediante Resolución ficticia del director general de Educación, Cultura y Universidades de las Islas Baleares de 8 de junio de 2015, se deniega a una aspirante a una plaza de

personal funcionario interino el reconocimiento del periodo de baja por maternidad como experiencia docente durante el curso 2013/2014, al no contestarse el recurso de alzada presentado (silencio administrativo) contra la no valoración de este periodo, que concretamente se extendió desde el día 1 de septiembre hasta la fecha de 19 de diciembre de 2013. Posteriormente, mediante Resolución del consejero de Educación y Universidad de 12 de noviembre de 2015, se desestima expresamente el recurso negando a una aspirante el reconocimiento del periodo de baja por maternidad indicado para la adjudicación de plazas de personal funcionario interino para el curso 2014/2015.

La aspirante ocupaba durante el curso 2012/2013 una plaza de profesora interina en un centro público de formación profesional y aspiraba a la adjudicación de una plaza de funcionaria interina docente en el curso 2013/2014, dado que debía participar ante la posibilidad de exclusión de una bolsa de personal funcionario interino. La convocatoria de 17 de junio de 2013 (BOIB núm. 87 de 20 de junio de 2013) prevé que la incorporación a la plaza adjudicada se debía hacer el día 2 de septiembre de 2013. Dicha convocatoria preveía, además, que, en caso de causa justificada, como la maternidad, ya que lo recoge expresamente, se podía renunciar a la incorporación y que se le reserve la plaza adjudicada. En este sentido, procedió la actora para que se efectuara formalmente la renuncia y reserva, en esos términos concretos. Y el día 19 de diciembre se incorporó a su plaza reservada, una vez superado el periodo por maternidad.

La actora solicita el reconocimiento de ese periodo de maternidad para no ser perjudicada en el orden de rotación de la bolsa de personal funcionario interino en la eventual adjudicación de plazas para el curso 2014/2015, con fecha 15 de julio de 2014, y se le deniega el reconocimiento de dicho periodo como experiencia docente. Por tanto, la pretensión de la actora se centra en que se le reconozca el periodo de baja por maternidad con carácter retroactivo, a efectos de antigüedad en la lista de personal interino. Esto es, no se pide la nulidad de la resolución indicada anteriormente, aplicando el recurso a todos los aspirantes, sino que pretende el reconocimiento individual. En la sentencia de apelación se confirma la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Palma de Mallorca que denegó tal reconocimiento, al entenderse como actos consentidos y firmes, como sostiene la Administración autonómica, al no haberse impugnado jurisdiccionalmente en plazo el momento del acto de petición de renuncia a la incorporación, reserva y posterior reincorporación (FJ 3.º Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –TSJ– de las Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de julio de 2017, rec. 341/2016).

Además, se rechaza que exista discriminación por razón de sexo en las sentencias de instancia y de apelación, porque esa falta de cómputo de antigüedad se aplica tanto a hombres como a mujeres, expresando que igualmente sería perjudicado un funcionario interino hombre que lo solicitara habiendo disfrutado el permiso de paternidad o la excedencia por cuidado de hijo. Entiende la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ que no se vulneran los mandatos imperativos de la LOIEMH ni, por ende, el principio de jerarquía normativa. Descartando así cualquier perjuicio fundado en una discriminación por razón de sexo.

Contra la sentencia de apelación se interpone recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (TS), previo sometimiento a examen de interés casacional ([art. 89.2 Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa –LRJCA–](#)). Así, en el [Auto del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de marzo de 2018 \(rec. 4751/2017\)](#), se entiende que la cuestión atenta contra la igualdad entre mujeres y hombres y, en suma, constituye discriminación por razón de género la exclusión de la baremación de la maternidad como experiencia docente en dicho procedimiento de adjudicación. Se entiende que es objetivamente relevante para la formación de jurisprudencia en estas cuestiones, sobre la base de los artículos [8](#), [14](#) y [15](#) de la LOIEMH, aludiendo a la trascendencia constitucional que existe con relación al principio de igualdad material ([art. 9.2 CE](#)), que exige compensar las desventajas que pueda provocar el embarazo (que afecta exclusivamente a las mujeres) y puede provocar perjuicios en los derechos económicos y profesionales de las mujeres (Sentencia del Tribunal Constitucional –[STC– 162/2016](#)). Por ello, se admite el recurso de casación, sobre la base de lo previsto en los artículos [88.1](#) y [90.4](#) de la LRJCA.

La [sentencia que resuelve el recurso de casación](#), que es objeto de comentario, realiza una crítica al formalismo con que la sentencia de apelación resuelve la controversia, al ligar la cuestión al principio de irretroactividad de los actos administrativos cuando se lesionan intereses legítimos de terceros interesados (*vid.* [art. 57.3 de la ya extinta Ley 30/1992](#)), sobre la base de que no se tiene en cuenta la puesta en entredicho de este argumento en la sentencia de instancia. Además, la actora no impugna ni la oposición ni el concurso por completo, con carácter general, sino que exige el reconocimiento individual de sus derechos. Además, dice la Sala Tercera que no se puede dar «atribución de sentido» a un escrito de «renuncia» irreal, intrascendente y anacrónico. Es decir, es intrascendente y anacrónico porque la exigencia del reconocimiento del periodo del permiso se hace *a posteriori*, lo que hace que nada valga en el litigio presente. Lo que se exige es, ciertamente, la vigencia de los mandatos imperativos de la LOIEMH (FJ 3.º).

Entonces, entiende finalmente que la calificación que debe darse a la actuación de la Administración autonómica balear es la concerniente a la calificación jurídica de nulidad de pleno derecho (*vid.* [art. 62.1 a\) Ley 30/1992](#)), dado que se han lesionado derechos y libertades de amparo constitucional. Sobre la base, además, de varias normas de rango legal, como el [artículo 7 del EBEP](#), que llama a la aplicación analógica del Estatuto de los Trabajadores (ET) para lo relativo a los permisos de maternidad (y otras instituciones en materia de conciliación conexas). En concreto, el [artículo 17.1 del ET](#), que reputa nulas las decisiones de índole empresarial que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en asuntos de empleo. Y, sobre todo extremo, el fallo tiene en cuenta las previsiones de la LOIEMH que a continuación se destacan (FJ 5.º) y que quedan fijadas como jurisprudencia vinculante:

- La maternidad es una causa de discriminación que merece un tratamiento especial en el derecho antidiscriminatorio expresado por el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres ([art. 3 LOIEMH](#)).

- La igualdad de oportunidades en tanto expresión legal del principio de igualdad material proclamado constitucionalmente hace que sea un principio informador de todo el ordenamiento jurídico que debe regir la interpretación y aplicación de las normas (art. 4 LOIEMH y considerando 2 [Directiva 2006/54/CE](#)).
- Tales principios, igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, se aplican al empleo privado y al empleo público, en asuntos de empleo y ocupación (art. 5 LOIEMH y considerando 5 [Directiva 2006/54/CE](#); *vid.* arts. 21 y 23 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#)).
- Constituye discriminación directa por razón de sexo el trato desfavorable que perjudique a las mujeres por causa del embarazo o la maternidad (arts. 8 LOIEMH y 9.1 g) [Directiva 2006/54/CE](#)) y deben reputarse nulos de pleno derecho, al constituir discriminación por razón de sexo, los actos y negocios jurídicos dictados en tal sentido (art. 10 LOIEMH). En este contexto, la reincorporación de la mujer al puesto de trabajo debe producirse en condiciones de igualdad, de tal forma que no resulte menos favorable, y tiene derecho a los beneficios en las condiciones de trabajo a que tuviera derecho durante su ausencia (art. 15 [Directiva 2006/54/CE](#)).

Por todo ello, se concluye que las circunstancias que han colocado a la aspirante a la plaza en condiciones de desventaja se circunscriben a la condición fáctica de su estado gestante y la ausencia durante el permiso por maternidad, no por voluntad propia o actitudes que sean achacables exclusiva e individualmente a la persona aspirante (FJ 6.º). Es decir, la exclusión del periodo de disfrute del permiso por maternidad como experiencia docente constituye una exclusión de méritos fundada en una discriminación por razón de sexo de carácter directo.

3. Revisión valorativa: falta de argumentación en la discriminación directa por razón de sexo

Tanto en la sentencia de instancia como en la sentencia de apelación –se reproduce en el FJ 1.º sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de las Islas Baleares, recurrida en casación– se excluye una consideración que parece, a mi juicio, no haber sido tenida en cuenta, aplicándose erróneamente el principio de igualdad entre mujeres y hombres, cuando desecha la discriminación por razón de sexo; en el sentido de que no se tiene en cuenta la diferente duración de los permisos de maternidad y paternidad, respectivamente, en la regulación vigente a la fecha de los hechos controvertidos. Esta, según la jueza de instancia, no se produce porque no consta que la misma consecuencia se deje de aplicar si la persona interina es un hombre que solicitó el disfrute del permiso de paternidad o una excedencia. Y es que ese planteamiento nos debe llevar a rebatirlo como discriminatorio *per se*.

Si bien es cierto que se ha avalado la constitucionalidad de la diferente regulación de los permisos de paternidad y maternidad, en el sentido de que la duración de unos u otros es una cuestión de política legislativa (SSTC [111/2018](#) y [75/2011](#)), debería haberse incluido en el debate algo trascendental como es que las consecuencias que se derivan del disfrute de uno u otro permiso no son idénticas, que es cuestión distinta a lo que aquí se acaba de apuntar. Esto es, no puede asumirse el argumento de la juzgadora de instancia, y el aval que hace del mismo la sentencia de apelación, en tanto que no se tiene en cuenta, a la hora de juzgar, la desigual duración de los permisos (que en la fecha de los hechos controvertidos era diferente a la actual y muy distante a la previsible a partir de enero de 2021, con la pretendida igualación en aras de la corresponsabilidad que entrará en vigor, por la reforma que se producirá por las previsiones del [RDL 6/2019](#), que modifica, entre otras normas, el ET, en concreto su [art. 48](#)). Es decir, entonces, si la duración de los permisos fuera idéntica, podría hablarse de ausencia de discriminación; sin embargo, en ningún caso, ni con la regulación vigente ni con la que lo era a la fecha de la actuación administrativa, pues las consecuencias son, de todo extremo, discriminatorias, al haber una menor consideración de experiencia docente para las mujeres, ya que el permiso de maternidad tiene una mayor duración que el de paternidad.

Por ello, a pesar de poder preverse, no se tuvo en cuenta, tampoco en el fallo del TS, que ese argumento debería haberse rechazado de plano, al ser manifiestamente menor el permiso de paternidad, que estaba entonces en 4 semanas, frente a las 16 de las mujeres. Ello habría remarcado el carácter discriminatorio y directo de la actuación administrativa, dado que el perjuicio era mayor en las mujeres que eran madres, al perder mayor tiempo de experiencia docente por el disfrute del permiso. Y, como el tratamiento legal no era neutro, sino diferenciado, aunque legítimo según la doctrina del TC, las consecuencias no pueden ser legítimas en ningún caso, al colocar a las mujeres en un trato de desfavor frente a los hombres.

4. Trascendencia del fallo: ¿deja de ser la maternidad un obstáculo en la carrera profesional?

La discriminación por razón de sexo no solo viene dada por la condición biológica, sino que también trae consigo tratamientos normativos peyorativos que se producen por la discriminación que producen circunstancias relacionadas con el sexo de la persona ([STC 17/2017](#)), especialmente de las mujeres. El embarazo y la maternidad han supuesto siempre una barrera en la promoción profesional en la carrera de las mujeres trabajadoras e, incluso, han imposibilitado su acceso al empleo.

Con este fallo se abre un precedente que representa el compromiso debido de los poderes públicos, en este caso el judicial, en tanto corrector de los desmanes de la Administración, que permite garantizar la eficacia del derecho de rango constitucional, según la expresión de la LOIEMH, en su [artículo 14.1](#), de la igualdad entre mujeres y hombres. Sobre

todo en el ámbito docente, donde ciertos requisitos, como la experiencia profesional, son necesarios para promocionar o adquirir fijeza en la condición de persona funcionaria, se hace especialmente duro el ser madre y consolidar la carrera profesional al mismo tiempo.

Esta [sentencia](#) reproduce lo ya expresado por la Sala de lo Social del TS, en algunas sentencias, como la [10/2017, de 10 de enero \(rec. 283/2015\)](#), donde asume que el tiempo de baja por maternidad debe computar como efectivamente trabajado. Sobre la base del principio de igualdad material, esto hace que las mujeres no sean más relegadas en su carrera profesional, de tal forma que es una obligación de los empleadores públicos y privados tener la maternidad en cuenta no solo como un hecho biológico que debe desplazar cualquier pretensión discriminatoria, sino, además, hacer lo posible por no discriminar por razón de sexo, en tanto prohibición de derecho necesario absoluto. Por ello, esta [sentencia](#) en el ámbito del empleo público abre la puerta a reconocer, por ejemplo, la no impartición de docencia universitaria si se está de baja por maternidad, a la hora de acreditarse; realizar cursos de formación necesarios para la progresión en la función pública, en respectivos y eventuales concursos de méritos. En definitiva, lo trascendental puede ser el representar un punto de inflexión hacia la consideración de la maternidad como obstáculo en la carrera profesional de las mujeres.

Sin embargo, hubiera sido interesante que el tribunal sentenciador hubiese acudido a la comúnmente llamada «prueba estadística», que consiste en determinar cómo afecta en mayor medida a las mujeres la asunción de la maternidad y otras necesidades conciliatorias, como la reducción de jornada. En estos términos se pronuncia la relevante [STS 79/2020, de 2 de julio](#), en aras de la conciliación de la vida familiar y laboral, pues no relacionar la mayor asunción de responsabilidades familiares de forma empírica con la eventual reducción de derechos laborales hace imposible realizar un análisis serio.

En el caso de la citada sentencia, con relación a la menor retribución de las guardias por ejercitar una reducción de jornada, se produce una discriminación indirecta al acudir las mujeres a los permisos y reducciones de jornada relacionados con la conciliación y la correspondiente merma retributiva; en el caso de la [sentencia que comentamos](#) y la normativa reprochada por la Sala Tercera del TS, se produciría una discriminación indirecta también en relación con la conciliación que no es específicamente maternidad o embarazo. ¿Por qué? Porque una vez igualados los permisos de maternidad y paternidad, en el caso de las reducciones de jornada fuera del nuevo permiso de nacimiento y cuidado del lactante (en la terminología del [RDL 6/2019](#)), también podría producirse una discriminación ya no directa sino indirecta, dado que puede afectar en mayor medida a las mujeres, porque son ellas las que, desgraciadamente, a falta de plena corresponsabilidad, siguen asumiendo las labores de cuidado de hijos y familiares (FF. JJ. 4.º y 5.º [STS 79/2020, de 2 de julio](#)).

