

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), José Luis Gil y Gil (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), María Luz Rodríguez Fernández (*España*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Jorge Baquero Aguilar (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Carolina Blasco Jover (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), María Belén Fernández Collados (*España*), Alicia Fernández-Peinado Martínez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Miguel Ángel Gómez Salado (*España*), Estefanía González Cobaleda (*España*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), José Luis Ruiz Santamaría (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Maddalena Magni (*Italia*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Francesco Nespoli (*Italia*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Mujer embarazada y barreras en el acceso al empleo*

José Enrique RUIZ SAURA**

RESUMEN: 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 inmediatamente 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.

Palabras clave: Mujer, embarazo, discriminación, acceso al empleo, igualdad.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Conceptualización *iuslaboralista* de la conducta discriminatoria. 3. Breve repaso a la protección contra la discriminación por embarazo en el ordenamiento nacional e internacional. 4. La construcción jurisprudencial del derecho a la igualdad en el acceso al empleo de la mujer embarazada. 4.1. Discriminación de una trabajadora embarazada antes de existir la propia relación laboral. 4.2. Discriminación en el proceso de selección. 4.3. ¿Es necesaria la intencionalidad del acto discriminatorio? 4.4. ¿Cabe la tutela antidiscriminatoria en el acceso al empleo sin haberse acreditado el conocimiento del embarazo por parte de la empresa? 5. Conclusiones y propuesta *lege ferenda*. 6. Bibliografía.

* 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).

** Investigador Contratado Predoctoral-FPU de Derecho del Trabajo, Universidad de Murcia (España).

Pregnant Women and Barriers in Access to Employment

ABSTRACT: 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 action 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 immediately 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.

Key Words: Woman, pregnancy, discrimination, access to employment, equality.

1. Introducción

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 el 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. Una casuística ejemplificativa de ello se da en determinados supuestos de mujeres víctimas de violencia de género, a las cuales la posibilidad de una reinserción laboral que les permita superar la dependencia económica de su agresor, puede suponerles un acicate para romper su silencio¹.

Dada su importancia, a lo largo de los últimos años, se han arbitrado fórmulas y mecanismos para enfrentar la desigualdad originada por motivos de género en el ámbito del trabajo, siendo destacable en este sentido la protección del embarazo de la mujer trabajadora. No en vano, desde el inicio de las relaciones laborales modernas, se han reiterado las situaciones en las que ésta ha tenido que lidiar con una cultura empresarial arcaica que ha “penalizado” (y casi estigmatizado) laboralmente a la maternidad. Esto se ha producido de diversas formas: bien excluyendo a la mujer del acceso al empleo, atribuyéndole unas condiciones de trabajo más desventajosas o, directamente, extinguiendo su relación laboral unilateralmente al constatar el advenimiento de una maternidad en el corto plazo. Y ello, bajo el pretexto de que el rol de madre supone para la mujer una “distracción” de sus cometidos laborales, o por considerar un perjuicio hacia la empresa el acogimiento a la baja maternal, entendiéndose que ejercer este derecho generaría la “molestia” de soportar la ausencia temporal de dicha trabajadora y tener que recurrir a alguien externo que la sustituyera, teniendo que desarrollar un proceso de adaptación para una vacante de corta duración².

Además, dada la precariedad laboral inherente a una parte importante de la población activa femenina, también se ha incidido en la necesidad de una protección jurídico-legal que evite a la trabajadora embarazada cualquier perjuicio psicofísico derivado de un temor fundado a quedar fuera del mercado laboral³. Así como llegar al triste extremo de sopesar una

¹ M. NOGUEIRA GUSTAVINO, *El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente*, en *Lan Harremanak*, 2012, n. 25, p. 24.

² J. SÁNCHEZ PÉREZ, *La discriminación laboral por razón de embarazo*, en C. Molina Navarrete (coord.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019, p. 355.

³ A. DE LA FUENTE, *La precariedad y el paro tienen rostro de mujer*, en *www.publico.es*, 5 marzo

interrupción voluntaria de su gestación ante el riesgo de perder un puesto de trabajo que suponga su único medio de subsistencia⁴.

En consecuencia, 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. Así mismo, en el caso de la protección del embarazo de la mujer trabajadora, además de facilitar su inserción laboral, la tutela antidiscriminatoria de los poderes públicos incide transversalmente en otras cuestiones sensiblemente importantes para nuestro modelo de protección social. De hecho, los problemas acentuados de la mujer para el acceso a un empleo estable y de calidad en nuestro mercado de trabajo⁵, son un factor determinante en el retraso generalizado de la edad de las mujeres españolas para ser madres, en la disminución del número de hijos de las familias o encontrarse en la tesitura de tener que decantarse por una planificación vital enfocada íntegramente a la carrera profesional en detrimento de la maternidad⁶. Por tanto, la lucha por la igualdad entre ambos sexos en el ámbito del trabajo también es una herramienta que puede contribuir a superar los bajos índices de natalidad y hacer frente al progresivo envejecimiento poblacional que pone en riesgo la sostenibilidad del sistema público de pensiones para las próximas generaciones⁷.

Todo lo expuesto revela la importancia de que, la actividad legislativa, doctrinal y jurisprudencial en materia de tutela antidiscriminatoria, esté a la altura de las necesidades sociales de nuestro tiempo y contribuya a poner en su justo valor el papel de la mujer como madre y como trabajadora.

2. Conceptualización *iuslaboralista* de la conducta discriminatoria

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

2021.

⁴ J. SANCHEZ PEREZ, *op. cit.*, p. 347.

⁵ Según el INE, en España, la brecha de género (hombres/mujeres) en las tasas de empleo de la población de 16 y más años alcanzó valor de 11,1 puntos en el año 2020 (aumento de 0,1 puntos con respecto a los valores de 2015). *Vid.* INE, [Tasas de empleo según grupos de edad. Brecha de género](#), en www.ine.es, 28 mayo 2021.

⁶ EL PAÍS, [Desastre demográfico](#), en elpais.com, 21 junio 2021.

⁷ Según las previsiones de la ONU para el año 2050, España quedaría situada entre los tres países más envejecidos del mundo, junto a Corea del Sur y Japón (*vid.* J. SÁNCHEZ PÉREZ, *No hay niños en el parque*, en F. ORTIZ CASTILLO, C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Laborum, 2014).

legítimas expectativas profesionales. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional (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 vinculadas inequívocamente con el sexo de esa persona. Y esto es lo que ocurre con el embarazo, que es una circunstancia exclusivamente propia del género femenino⁸.

El TC 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 de 1978 (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»⁹.

Por su parte, la 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, señala en su consideración 23^a que, en base a lo que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: «el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo». Esto implica que, cualquier comportamiento atentatorio contra la mujer trabajadora que se plantee o pueda plantearse su condición de madre en un futuro, ha de estar comprendido dentro del concepto de discriminación de género¹⁰.

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 dimanar de las desventajas estructurales que ha arrastrado tradicionalmente la mujer 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

⁸ STC 3/2007, de 15 de enero (rec. 6715/2003), FJ 2; *vid.* también STC 173/1994, de 7 de junio (rec. 18/1992), FJ 2; STC 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; STC 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; STC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3, o STC 17/2003, de 30 de enero (rec. 1150/1999), FJ 3.

⁹ STC 3/2007, cit., FJ 2.

¹⁰ J. SÁNCHEZ PÉREZ, *La discriminación laboral por razón de embarazo*, cit., p. 342.

de las relaciones laborales contenidos en la normativa de aplicación, en detrimento de limitarse a la mera aplicación de la literalidad de la norma en abstracto¹¹. Esto es, 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 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia) contenido en la doctrina del asunto *Mayr*¹². En esa ocasión, el TJUE 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 fecundidad es por sí mismo determinante para que la normativa despliegue su máxima protección ante las amenazas al empleo de la trabajadora (apartado 50)¹³.

3. 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 internacional¹⁴. 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 poniendo de

¹¹ M. NOGUEIRA GUSTAVINO, *op. cit.*, p. 29.

¹² STJUE 26 febrero 2008, asunto C-506/06, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*.

¹³ F. NAVARRO NIETO, *El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria*, en *Temas Laborales*, 2015, n. 130, p. 115.

¹⁴ *Ibidem*, p. 110.

relieve que, en su art. 9.2, la CE contiene un mandato expreso a los poderes públicos para que lleven a cabo una labor proactiva en la promoción de las condiciones necesarias para una igualdad de derechos real de la persona. Este mandato se hace extensivo a todos los ámbitos de la vida social, entre los cuales se incluye la vertiente laboral, como es natural. Y, si cabe, tiene mayor significado cuando su destinatario es un colectivo históricamente discriminado, como es el caso de la mujer trabajadora.

Siguiendo en esta línea, cabe resaltar 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 septiembre (rec. 2925/2018) 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».

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 trabajadoras¹⁵, en relación con la garantía de la igualdad de la mujer en el trabajo. No en vano, en consonancia con la Directiva 92/85/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 del Estatuto de los Trabajadores (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 julio (rec. 6595/2006):

¹⁵ En *BOE*, 6 noviembre 1999.

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 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI)¹⁶, traspuso al ordenamiento interno la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica 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. Y, además, vino a señalar expresamente en su art. 8 que «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, sus primeros tratados económicos ([Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero \(TCECA\)](#)¹⁷ y [Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica \(TCEEA\)](#)¹⁸) y el [Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea \(TCEE\)](#)¹⁹ no incluyeron la igualdad entre mujeres y hombres dentro de sus objetivos prioritarios iniciales, pero esta omisión en su derecho originario fue abordada con prontitud a nivel general, y también particularmente en el ámbito laboral. Tanto es así que, desde el año 1957, comenzó a desarrollarse el principio de igualdad retributiva (hoy recogido en el art. 157 TFUE). De hecho, uno de los derechos fundamentales de la UE es que «La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos inclusive en materia de

¹⁶ En BOE, 23 marzo 2007.

¹⁷ También llamado Tratado de París, firmado el 18 de abril de 1951.

¹⁸ También llamado Tratado EURATOM, firmado el 25 de marzo de 1957.

¹⁹ También llamado Tratado de Roma, firmado el 25 de marzo de 1957.

empleo, trabajo y retribución»²⁰. Sin olvidar la Directiva 76/207/CEE, vigente durante décadas y que fue después modificada por la Directiva 2002/73/CEE²¹. El contenido de esta directiva también se hace extensivo a circunstancias especiales sensiblemente ligadas al sexo de la persona trabajadora, como es el caso del embarazo y la maternidad.

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» (art. 1). 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»²². 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»²³.

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 OIT. Particularmente, el Convenio C103, sobre la protección de la maternidad (ratificado el 17 de agosto de 1965), el Convenio C111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (ratificado el 6 de noviembre de 1967), y el Convenio C156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (ratificado el 11 de septiembre de 1985).

²⁰ Art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.

²¹ M. NOGUEIRA GUSTAVINO, *op. cit.*, p. 44.

²² *Vid.* F. NAVARRO NIETO, *op. cit.*, p. 111.

²³ *Vid.* M. NOGUEIRA GUSTAVINO, *op. cit.*, pp. 32-33.

4. La construcción jurisprudencial del derecho a la igualdad en el acceso al empleo de la mujer embarazada

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

Actualmente, resulta una cuestión incontrovertida que el embarazo de la mujer dificulta su acceso al trabajo en muchas ocasiones. Por ello, la discriminación en la contratación de una trabajadora por este motivo es una circunstancia que, para la 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 en la citada sentencia 173/1994:

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, ya se habían pronunciado en términos muy similares las sentencias *Dekker*²⁴ y *Stoeckel*²⁵, 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 aludiendo a razones objetivas²⁶. Posteriormente, el TJUE reiteró en la sentencia

²⁴ STJUE 8 noviembre 1990, asunto C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*.

²⁵ STJUE 25 julio 1991, asunto C-345/89, *Procedimiento penal entablado contra Alfred Stoeckel*.

²⁶ En el caso *Dekker*, cit., la trabajadora participó en un proceso de selección, siendo reconocida como la candidata más apta por el comité evaluador. Sin embargo, la empresa rechazó su contratación a causa de estar embarazada de tres meses. Concretamente, bajo el argumento de no poder asumir financieramente la sustitución de la trabajadora durante su ausencia por maternidad (aclárese que, en el modelo de cobertura social holandés, no se prevé asumir el coste de la baja si ésta se produce en los seis primeros meses de relación laboral).

*Thibault*²⁷ 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. En síntesis, el TJUE ha señalado que, cualquier negativa a una contratación laboral por causa del embarazo de la aspirante, constituye una discriminación directa asociada al sexo.

Por su parte, la sentencia *Silke-Karin Mahlburg*²⁸ 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 sentencia *Busch*²⁹ 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 obligatoriedad 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 Baleares 162/2013, de 25 de marzo (rec. 486/2012), 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 que 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 evitaban jornadas o servicios no adecuados o

²⁷ STJUE 30 abril 1998, asunto C-136/95, *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) c. Evelyne Thibault*.

²⁸ STJUE 3 febrero 2000, asunto C-207/98, *Silke-Karin Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern*.

²⁹ STJUE 27 febrero 2003, asunto C-320/01, *Wiebke Busch c. Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG*.

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 al asunto *Sarkatzis Herrero*³⁰, la cual resolvió una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n. 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».

4.2. 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.

En primer lugar, se alude a la STC 214/2006, de 3 de julio (rec. 5499/2003), que trata sobre lo acontecido en torno a una trabajadora que había iniciado

³⁰ STJUE 16 febrero 2006, asunto C-294/04, *Carmen Sarkatzis Herrero c. Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud)*.

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 durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto (como mínimo).

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 Canarias 192/2014, de 7 de abril (rec. 923/2012), 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 en la búsqueda de colegio para sus hijas y para que su marido encontrase un empleo 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 familiares y datos médicos pertenecientes a su más estricta intimidad³¹, 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.

4.3. ¿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 la citada sentencia 108/2019. 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 señalado³², supone consolidar la construcción jurídica de la

³¹ En el contexto de la entrevista, la actora tuvo que indicar que se había practicado una ligadura de trompas para no tener más hijos (FJ 2 *in fine*).

³² E. ROJO TORRECILLA, *La protección contra la discriminación por razón de maternidad*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2019, n. 7, p. 1.

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 (INE) 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 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 las citadas STC 3/2007 y STC 92/2008 y en la STC 74/2008, de 23 de junio (rec. 4975/2006). Así mismo, en relación a ello cabe traer a colación que la STC 233/2007, de 5 de noviembre (rec. 6219/2005), 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 66/2014, de 5 de mayo (rec. 3256/2012). 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.

En la STSJ Murcia 789/2018, de 19 de septiembre (rec. 601/2018), 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, que hace referencia a un caso similar.

4.4. ¿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 ocasiones³³ 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 por maternidad», al margen de haberse producido o no la previa comunicación al empresario del embarazo de la mujer trabajadora.

El TC³⁴ 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, surge 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

³³ Por ejemplo, en la antedicha STC 92/2008 y, posteriormente, en la STSJ Canarias 878/2013, de 29 de mayo (rec. 267/2013).

³⁴ STC 74/2008, cit.; STC 92/2008, cit.

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. 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 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, *vid.* STC 29/2002, de 11 de febrero (rec. 198/1998); STC 30/2002, de 11 de febrero (rec. 1481/1998); STC 17/2003, cit.; STC 342/2006, de 11 de diciembre (rec. 812/2004)].

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 en parte equiparable al recogido anteriormente en la STC 173/2013, de 10 de octubre (rec.

3773/2011), para fundamentar el fallo desestimatorio del recurso de amparo planteado también por otra mujer trabajadora en estado de gestación³⁵. En este caso, 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, al finalizar su relación laboral poco tiempo después de haberse iniciado la misma.

Cabe recordar que, en otros supuestos como el que se analizó en la STSJ Galicia 26 julio 2018 (rec. 1301/2018), es decir, cuando la trabajadora encinta en periodo de prueba sí ha comunicado su futura maternidad a la empleadora, se le ha requerido a ésta que acreditase que la finalización prematura de ese contrato obedece a causas ajenas a la condición de gestante de la empleada³⁶ (aunque en la comunicación de no superación del periodo de prueba se hubiera omitido una justificación clara de tal decisión empresarial).

Pues bien, en el caso analizado por la referida STC 173/2013, el elemento diferenciador es que, en el momento de determinarse la no superación del periodo de prueba, no constaba la comunicación del embarazo a la empresa. De tal forma que el TC no pasó por alto esta circunstancia y determinó que, para poder entrar a valorar la existencia de móvil discriminatorio en el cese de la actora, era exigible que la empresa fuera fehacientemente conocedora de la futura maternidad de esa empleada, considerándose ésta como una condición *sine qua non*:

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.

³⁵ A. MARTÍN VALVERDE, *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)*, en *Actualidad Laboral*, 2014, n. 4, p. 4.

³⁶ En el caso de autos, la actividad probatoria de la empleadora se basó en poner de relieve la lentitud y deficiencia de la empleada en sus cometidos de limpieza de pota y calamar, dentro de la actividad laboral desempeñada para una empresa de elaboración de productos congelados.

Por tanto, el posicionamiento del TC en la antedicha sentencia es que la protección reforzada frente al despido de las trabajadoras en estado de gestación no es extensiva al «desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, ya que son dos situaciones diferentes», esto es, ese régimen de tutela reforzada que se establece en el art. 55.5.b ET estaría rebajado cuando la relación laboral aún esté inmersa en el periodo de prueba³⁷.

Como se ha dicho, parece que el TSJ de Murcia asumió un criterio similar al de la resolución del TC indicada *ut supra*. 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 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 TC pueda 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

³⁷ J. SÁNCHEZ PÉREZ, *La discriminación laboral por razón de embarazo*, cit., p. 352.

comienzo.

5. Conclusiones y propuesta *lege ferenda*

El objetivo de la diversa normativa sobre tutela antidiscriminatoria por motivos de género que integra en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico está claramente definido: velar por que la ciudadanía en su conjunto disponga de un escenario justo y equitativo para el acceso al conjunto de derechos y libertades que les son reconocidos de manera básica en el modelo *iustificativo* neoconstitucional, tal y como se configura hoy. Particularmente, un ámbito de actuación muy sensible para enfrentar el histórico trato desigual entre mujeres y hombres es el mundo laboral.

Siendo el legislador comunitario consciente de lo anterior, ha convertido a la igualdad entre mujeres y hombres y, particularmente, a la no discriminación por motivos de género en el ámbito del trabajo, en uno de los fines prioritarios del acervo normativo de la UE. Muestra de ello son leyes como la Directiva 92/85/CEE, que implantó una protección reforzada a la mujer trabajadora desde el inicio de su embarazo hasta el término de su periodo de baja por maternidad, e incluso más allá. A ello ha de añadirse la jurisprudencia del TJUE, que ha venido a señalar como discriminación directa cualquier tipo de perjuicio que pudiese recaer sobre la trabajadora por motivos relacionados con su maternidad, tanto actual como futura (*v.gr.* ver los citados asuntos *Dekker* o *Silke-Karin Mahlburg*).

Esta actividad de las instituciones comunitarias ha tenido su reflejo en el ordenamiento jurídico español, que ha asumido los objetivos de igualdad preconizados por la UE implantando leyes llamadas a efectuar una tutela antidiscriminatoria extensa y ambiciosa. Éste es el caso de la LOI y, anteriormente, de la Ley 39/1999, la cual modificó el articulado sobre despido contenido en el ET para incorporar la nulidad automática de cualquier despido sin causa de una trabajadora embarazada o que hubiese iniciado recientemente su maternidad (art. 55.5.b). Este precepto ha sido destacado entre otros porque, tanto a efectos de desplegarse la garantía constitucional contenida en el art. 14 CE, como de cumplir con el mandato a los poderes públicos recogido en el art. 9.2 CE, convierte en no decisivo el hecho de que la trabajadora hubiera comunicado o no a la empresa su estado de gestación antes de ser despedida.

La doctrina jurisprudencial de los tribunales españoles, haciéndose eco de los pronunciamientos del TJUE y de la referida normativa nacional y supranacional, han mostrado igualmente una ingente actividad en este sentido. De hecho, la protección jurisdiccional a la trabajadora embarazada

se da incluso antes de existir la propia relación laboral, incluso a raíz de un trato injustificado a una mujer que tenga la mera aspiración a acceder a un puesto de trabajo. Y además, al margen de la subjetividad del autor de la conducta discriminatoria, se ha establecido que la tutela debe operar cuando concorra simple y llanamente un hecho perjudicial para la mujer trabajadora.

No obstante, hasta ahora, el TC ha puesto un condicionamiento claro a la aplicación de lo preceptuado en el mencionado art. 55.5.b ET: las decisiones extintivas que afectan a trabajadoras embarazadas pueden considerarse ajustadas a derecho y no requieren justificación objetiva por parte de la empresa siempre que tengan lugar en el periodo de prueba y que no se haya acreditado que la empresa fuera conocedora del embarazo.

Llegados a este punto, hacemos nuestras las voces críticas contenidas en el voto particular a la citada STC 173/2013. Y, en consecuencia, se aboga por una reinterpretación finalística de la protección a la mujer embarazada establecida en la Ley 39/1999 y en el ET. De tal manera que, con perspectiva de género, el régimen de protección reforzada del puesto de trabajo de la mujer embarazada no vea limitada su aplicación por encontrarse la formalización de la relación laboral aún en una fase inicial, como es el caso de estar pendiente la firma de un contrato de trabajo ya convenido entre las partes (*v.gr.* llamamientos en bolsas de trabajo) o de encontrarse la trabajadora en periodo de prueba.

En consecuencia, planteamos una reformulación legal del ET que extienda la nulidad automática señalada *ut supra* a otros supuestos de finalización de la relación laboral de una trabajadora embarazada. De tal manera que, durante el periodo de gestación de ésta, sea siempre obligatorio para la empresa justificar que cualquier extinción contractual por voluntad de la misma obedece a razones objetivas plenamente justificadas y, por tanto, ajenas a la futura maternidad. Y ello con independencia de cuál sea el momento en que se encuentre la relación laboral, e incluso cuando no estuviese acreditado que la mercantil tuviera conocimiento del embarazo de la trabajadora que ha salido involuntariamente de su plantilla. Esto es, aun tratándose de una supuesta no superación del periodo de prueba, también debería recaer esta exigencia sobre el empleador.

Así mismo, se hace necesario una revisión de los arts. 96.1 y 181.2 LRJS. De modo que la mera condición de embarazada (sea alegado o no su desconocimiento por la contraparte) de aquella mujer que haya sufrido un perjuicio del tipo de ver anulada una contratación laboral prevista o acordada, constituya en sí misma un indicio suficiente para que opere la inversión del *onus probandi* hacia el empleador a efectos de determinar si su conducta es atentatoria contra el derecho fundamental a la igualdad de esa

trabajadora.

6. Bibliografía

- DE LA FUENTE A. (2021), *La precariedad y el paro tienen rostro de mujer*, en www.publico.es, 5 marzo
- EL PAÍS (2021), *Desastre demográfico*, en elpais.com, 21 junio
- FABREGAT MONFORT G. (2008), *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch
- INE (2021), *Tasas de empleo según grupos de edad. Brecha de género*, en www.ine.es, 28 mayo
- MARTÍN VALVERDE A. (2014), *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)*, en *Actualidad Laboral*, n. 4, pp. 1-4
- MONSALVE CUÉLLAR M.E. (coord.) (2019), *Género y no discriminación. Análisis transversal e interdisciplinar*, Aldebarán
- NAVARRO NIETO F. (2015), *El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria*, en *Temas Laborales*, n. 130, pp. 83-133
- NOGUEIRA GUSTAVINO M. (2012), *El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente*, en *Lan Harremanak*, n. 25, pp. 19-52
- NOGUEIRA GUSTAVINO M. (2008), *La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, n. 73, pp. 171-204
- PÉREZ DEL RÍO T. (2009), *La discriminación por razón de género en el empleo y las condiciones de trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, págs. 59-63
- ROJO TORRECILLA E. (2019), *La protección contra la discriminación por razón de maternidad*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 7, pp. 1-11
- SÁNCHEZ PÉREZ J. (2019), *La discriminación laboral por razón de embarazo*, en C. Molina Navarrete (coord.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
- SÁNCHEZ PÉREZ J. (2014), *No hay niños en el parque*, en F. ORTIZ CASTILLO, C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Laborum

SELMA PENALVA A. (2018), *Discriminación por maternidad*, en C. Sánchez Trigueros (dir.), *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, Boletín Oficial del Estado

VICENTE PALACIO A. (2012), *En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social*, en *Lan Harremanak*, n. 25, pp. 191-229

Normativa Europea

[Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea \(TCEE\)](#), 25 marzo 1957

[Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica \(TCEEA\)](#), 25 marzo 1957

[Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero \(TCECA\)](#), 18 abril 1951

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”, construyendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y de trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it.