

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 105/2019, de 30 de septiembre de 2019. recurso de amparo 2925/2018

TOMÁS SALA FRANCO

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

I.

Planteado recurso de amparo sobre tutela de derechos fundamentales frente a la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de enero de 2017, num. 220/2017, que estimo el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de Estadística (INE), revocando la Sentencia del Juzgado de lo Social que había estimado parcialmente la pretensión de la actora por discriminación por razón de sexo por haber impedido la incorporación a una plaza obtenida en proceso selectivo sin valorar adecuadamente que la adjudicataria se encontraba en situación de baja por maternidad.

II.

Los hechos probados son los siguientes:

a) El INE, en fecha 29 de junio de 2015, publicó las bases de la convocatoria de un proceso selectivo para la cobertura de una plaza de personal laboral de técnico superior de gestión y servicios comunes, grupo 3, área 1, sujeto al convenio único de la Administración General del Estado, en el INE, encomendando la preselección a los servicios públicos de empleo, mediante contrato de interinidad. La recurrente en amparo se presentó a la citada convocatoria. Finalizadas las fases de oposición y concurso, en fecha 3 de agosto de 2015 se publicó la relación definitiva de aspirantes que habían aprobado el proceso selectivo, encontrándose aquella en el primer lugar del orden con la puntuación total de 90,89, siguiéndole otra aspirante con 88,54.

La demandante en amparo, en fecha 4 de agosto de 2015, presentó escrito comunicando al INE su imposibilidad de incorporarse al trabajo por haber dado a luz una hija, el día 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, sin que se procediera, por tanto, a la adjudicación de la plaza a la siguiente candidata.

En fecha 5 de agosto de 2015, la Secretaria General del INE comunicó a la actora por escrito lo siguiente:

«En relación con su escrito de 4 de agosto de 2015, en el que comunica la imposibilidad de incorporarse a la relación laboral que tiene que constituirse con posterioridad a la realización del proceso selectivo para cubrir un puesto de trabajo mediante un contrato de interino por sustitución, se informa, que finalizado el proceso selectivo y confeccionándose la relación de candidatos por puntuación obtenida en el mismo, debe procederse, según el espíritu que recogen estas bases de convocatoria, a formalizar el contrato con la persona, que encontrándose en la mejor posición pueda realizar el trabajo de manera inmediata; siendo esta inmediatez y urgencia en la prestación de servicios la que ha motivado que la Dirección General de la Función Pública haya autorizado, de manera excepcional, el proceso selectivo referido».

La recurrente en amparo presentó denuncia por tales hechos siendo contestada por escrito de 29 de octubre de 2015, elaborado informe por la unidad de igualdad del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, en el siguiente sentido:

«Si bien es cierto que el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, señala que «constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad» y que las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han declarado que la negativa a contratar a una mujer embarazada constituye una discriminación directa basada en el sexo (STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto 177-1988, Dekker y STJCE de 3 de febrero de 2000, asunto 207-1938, Mahlburg) no es menos cierto que, en este caso, no se ha producido una negativa de la Administración, basada en necesidades de gestión, como sucede en el caso de las dos sentencias mencionadas, a contratar a largo plazo a mujeres embarazadas sino que, examinado el escrito aportado de la interesada con fecha 4 de agosto de 2014, no se deduce la negativa del INE a contratar a Doña M.^a del Carmen Santacreu Tomas, sino más bien un incumplimiento de dicha interesada del deber de incorporarse a la plaza solicitada, desde la que podría haber pedido la baja por maternidad. En la medida en que las Unidades de Igualdad, tal como señala el artículo 77 de la Ley de Igualdad, son básicamente órganos de asesoramiento en materia de igualdad y no un órgano de control, se considera que, tratándose de un contrato con aplicación del régimen laboral, la interesada tiene abierta, de desearlo, la vía judicial para presentar la correspondiente demanda».

El puesto de trabajo fue adjudicado a la siguiente persona candidata de las que superaron el proceso selectivo, a quien, por lo demás, se le reconoció el derecho a reducción de jornada por guarda legal.

La actora presentó demanda el 21 de marzo de 2016 ante el Decanato de los juzgados de Valencia, interesando en el suplico que se dictase sentencia declarando la vulneración de principio de prohibición de discriminación por razón de sexo del segundo inciso del art. 14 CE, que se condenase al INE a estar y pasar por esa declaración y se procediese a la contratación de la actora en la plaza que obtuvo, con abono de la cantidad equivalente a las retribuciones correspondientes a dicha relación laboral, a ingresar las cotizaciones a la seguridad social que legalmente le correspondiesen y al pago de una cantidad por daños morales.

El Juzgado de lo Social núm. 7 de Valencia dictó sentencia de 23 de junio de 2016, estimando parcialmente la pretensión actora. Razonaba la juzgadora que:

- I) la actora no llegó a formalizar la relación laboral con la demandada al no incorporarse y no firmar el contrato;
- II) los empleados públicos de carrera tienen derecho a la reserva de la plaza cuando toman el periodo de incapacidad temporal por baja por maternidad de la misma manera que lo tiene reconocido el personal laboral al servicio de las administraciones públicas, según dispone el artículo 42 del convenio aplicable (tercer convenio único de la Administración General del Estado);
- III) la actora en ningún momento tuvo voluntad de renunciar a la plaza, limitándose a manifestar los motivos por los que no podía incorporarse de forma inmediata que le asistían para su derecho de incapacidad temporal;
- IV) tales motivos en modo alguno formaban parte de los que, según las bases de la convocatoria, permitirían pasar al siguiente seleccionado y ofrecerle la plaza;
- V) la discriminación se causó al estar relacionado el perjuicio laboral y la razón de maternidad acreditada que adujo la interesada para su no incorporación.

En atención a todo ello estimaba parcialmente la demanda, declarando la violación del art. 14 CE, por la 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, condenando a la demandada al abono de 12.791€ como retribuciones que le corresponderían y al abono de las cotizaciones a la seguridad social, así como a una indemnización de 25.000 € por daños morales (menor que la que se solicitaba en la demanda).

Frente a la sentencia de instancia se alzaron en suplicación ambas partes:

a) El INE aducía que no causó discriminación, dado que la decisión no se produjo por razones de sexo sino por el incumplimiento por la interesada del deber de incorporarse a la plaza solicitada, desde la que podía haber pedido la baja por maternidad. Habría sido, a su juicio, la propia trabajadora la que se negó a constituir la relación laboral, pretendiendo una reserva de plaza que no era posible y que, a mayor abundamiento, frustraba la finalidad del proceso selectivo del INE, vista la «urgencia e inmediatez» con la que debía cubrirse la plaza. Añadía a ello, como indicio de la inexistencia de discriminación, que la persona que finalmente fue contratada en lugar de la demandante de amparo era de su mismo sexo y concurría en ella igualmente la condición de madre, habiendo solicitado incluso una reducción de jornada por guarda legal que le fue concedida.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 10 de enero de 2017, estimó el recurso del INE, que fue absuelto, dejando sin efecto la sentencia de instancia. Su razonamiento, tras indicar que concurrían efectivamente indicios de discriminación, señala que *“tales indicios quedan neutralizados y no llegan a desplegar su virtualidad desde el momento en que la demandante, en base a una declaración unilateral, no ha tomado posesión de su plaza, ni ha formalizado el contrato de interinidad previsto”*.

III.

El recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por vulneración del principio de no discriminación por razón de sexo del art. 14 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 la de no incorporarse al trabajo y no se inició por ello la relación laboral, y porque concurrían razones de urgencia en el servicio y no motivación discriminatoria, quedando entonces la cuestión encuadrada en el ámbito de la legalidad ordinaria.

A su juicio, no solo cuando está en curso una relación laboral puede generarse una conducta de esta naturaleza discriminatoria. Por ello, afirma el recurso, que corresponde a la Administración ofrecer medidas alternativas razonables a la situación específica de la trabajadora derivada de la maternidad, que neutralicen una posible vulneración del principio de no discriminación del art. 14 CE. Era, por tanto, el INE el que debió ofrecer el mecanismo adecuado, como podía haber sido la contratación de la demandante y reconocimiento sucesivo de sus derechos de maternidad, no teniendo valor legitimador frente a ello la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio, como ocurre con las alegadas razones de urgencia en la cobertura del puesto o con las de falta de previsión normativa de reserva del puesto de trabajo sin mediar una previa contratación o la no intención de discriminar a la demandante, pues lo decisivo es que la demandante sufrió un trato peyorativo como consecuencia de su reciente parto (existe lesión objetiva, más allá de la intencionalidad lesiva, como recuerda la STC 2/2017, de 16 de enero).

IV.

Por su parte, el Abogado del Estado, defiende la desestimación del recurso, argumentando que se exige, para apreciar discriminación por razón de sexo, que el sexo o circunstancias ligadas a él como el embarazo sean el verdadero motivo, causa o fundamento de la decisión desfavorable.

Y que para determinar si ello es o no así el Tribunal Supremo viene aplicando el “*test de sustitución*”, consistente en sustituir el sexo del sujeto para ver si la decisión adoptada resultaría ser o no la misma. Desde el prisma del test de sustitución, el resultado habría sido el mismo si la plaza la hubiera obtenido un varón y se hubiera negado a la incorporación al puesto de trabajo por la razón que fuera, aunque se afirmase que no se renuncia a la plaza.

Adicionalmente, recuerda que la persona contratada en lugar de la actora era de su mismo sexo, y concurría en ella igualmente la condición de madre, lo que de nuevo demostraría que la decisión del INE no tenía una finalidad discriminatoria.

V.

El Ministerio Fiscal interesa por el contrario el otorgamiento del amparo, argumentando que:

1º) Se debe dilucidar si la falta de contratación se puede achacar a la actuación de la demandante, por no presentarse a tomar posesión de su plaza y formalizar el contrato, o bien se puede considerar que es la Administración la que, con su actuación, limita o pone trabas a la demandante para el ejercicio de su derecho al acceso al puesto de trabajo, por su situación de reciente maternidad. A su juicio, esta última es la respuesta correcta a ese interrogante, dado que la Administración perjudicó a la trabajadora por tener la honradez de informar, antes de ser contratada, de una circunstancia que afectará al desempeño de su trabajo, más cuando la empleadora no le dio la opción de incorporarse y pedir la baja por maternidad ya desde la primera comunicación, en la que el INE puso de manifiesto, muy antes al contrario, 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.

2º) Por otra parte, el INE queda comprometido por la obligación genérica de promover la libertad e igualdad del art. 9.2 CE, ya que, según la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, las Administraciones Públicas (art. 51) deben remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, así como a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, de suerte que la Administración debía poner en conocimiento de la demandante sus derechos, cuando aún podía ejercerlos, y no lo hizo.

En este sentido, la doctrina constitucional sobre discriminación por razón de sexo ha considerado existente «*la vulneración del derecho a la no discriminación en relación con decisiones empresariales en materia de contratación, aun sin encontrarse vigente una relación laboral*», citando a tal objeto las SS.TC 214/2006, de 3 julio, FFJJ 3 y 8, y 66/2014, de 5 de mayo, FJ 5, entre otras, así como jurisprudencia europea, destacando que en la STC 214/2006 se descartó que la imposibilidad de poder desempeñar inmediatamente el trabajo, por el permiso de maternidad, supusiera una justificación de la limitación del derecho al acceso al empleo por razón de la maternidad y por tanto de la exclusión de un escenario de discriminación por razón de sexo.

3º) También recuerda la doctrina constitucional que contempla las lesiones objetivas de los derechos fundamentales, que descarta el carácter imprescindible de una intencionalidad lesiva o motivación discriminatoria del empleador, citando en esa materia la STC 2/2017, de 16 de enero, con mayor razón cuando se trata de la Administración Pública (STC 66/2014, de 5 de mayo, FJ 3), pues corresponde a la Administración ofrecer medidas alternativas razonables a la situación de la

trabajadora derivada de la maternidad, que neutralicen una posible vulneración del principio de no discriminación del Art.14 CE.

4º) El fiscal, en definitiva, considera que el motivo real por el que el INE no la contrató es que acababa de ser madre y no podía empezar inmediatamente a desempeñar su trabajo.

VI.

Los fundamentos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Constitucional, estimatoria del recurso de amparo, son los siguientes:

1º) El Art. 14 de la CE reconoce el derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo. El legislador ordinario aprobó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que transpuso a nuestro ordenamiento interno las directivas en materia de igualdad de trato, 2002/73/CE y 2004/113/CE.

2º) La Ley Orgánica 3/2007 establece que *«constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad»*. En el mismo sentido, el Estatuto de los Trabajadores reconoce el derecho a no ser discriminado directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleado, por razones de sexo, y, la nulidad e ineficacia, entre otros, de los actos del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta.

3º) La doctrina constitucional ha declarado de forma reiterada y constante que este tipo de discriminación comprende no solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, STC 2/2017, de 16 de enero, FJ 5), vinculando particularmente con esto último el embarazo y su incidencia en las condiciones de trabajo de la mujer, toda vez que se trata de un elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. En este sentido, se afirma que *«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 un supuesto de discriminación directa por razón de sexo»* (STC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 6).

4º) El Art. 14 CE excluye toda distinción, trato peyorativo y limitación de derechos o legítimas expectativas de la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias, *“por lo que puede causar una vulneración del Art. 14 CE la restricción de los derechos asociados con la maternidad o la asignación de consecuencias laborales negativas al hecho de su legítimo ejercicio, visto que el reconocimiento de esos derechos y sus garantías aparejadas están legalmente contemplados para compensar las dificultades y desventajas que agravan de modo principal la posición laboral de la mujer trabajadora”*.

5º) Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como *“la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquella 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 y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones) (SSTC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 203/2000, de 24 de julio, FJ 6; 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4, y 3/2007, de 15 de enero, FJ 2), ya que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social*

en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 10, o 214/2006, de 3 de julio, FJ 6)”.

6ª) *“De esa necesidad de compensación de las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre se deduce la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo cuando se produzcan decisiones empresariales contrarias al ejercicio de un derecho de maternidad en sentido estricto, así como también cuando se den otras que resulten contrarias al ejercicio por parte de la mujer de derechos asociados a su maternidad. En efecto, el ordenamiento jurídico, además de los derechos que atribuye a las mujeres por su maternidad, reconoce otros que, si bien se conceden a ambos padres, inciden por razones sociales de modo singular en las mujeres, como demuestran los datos estadísticos” (SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 7; 203/2000, de 24 de julio, FJ 6, o 3/2007, de 15 de enero, FJ 5).*

7ª) Por ello, para hacer efectiva la cláusula de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE, este Tribunal ha establecido un canon mucho más estricto y riguroso que el de la mera razonabilidad y proporcionalidad que, desde la perspectiva genérica del principio de igualdad, se exige para la justificación de la diferencia normativa de trato, que no puede confundirse, aunque sea tan común tantas veces ver que se incurre en ello.

En efecto, como ha tenido ocasión de declarar este Tribunal (por citar una de tantas, STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 3), *«a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que 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 a las exigencias materiales de proporcionalidad».*

8ª) Cuando la doctrina constitucional viene acompañada de determinaciones y declaraciones como las que se han recogido en el anterior fundamento jurídico, es preciso poner conciencia en su significado, que tiene vocación tuitiva subjetiva, pues así lo implica la consagración constitucional del derecho fundamental a la no discriminación, pero también intención pedagógica y evolutiva, en orden a la afirmación del modelo de convivencia que la norma fundamental refleja. El art. 14 CE, dicho en otros términos, 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 en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE.

En este sentido no debe olvidarse que la expresa exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 CE, y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina, pues es ese colectivo el que ha sufrido y aún sufre la relegación social o jurídica estructural frente a la que la prohibición de discriminación por razón de sexo quiere salir al paso consagrando y atribuyendo el derecho que nos ocupa, como prueban, entre tantas otras manifestaciones en distintos ámbitos, las dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción e igualdad sustancial dentro del mismo, o para la conciliación, que todavía no han desaparecido. No es necesario, ante el cúmulo de datos y pruebas que suministra la historia de nuestra sociedad, hacer ahora referencia en extenso a tales dificultades, pero su persistencia se traduce, aun hoy, e innegablemente, en una menor incorporación de la mujer al trabajo o en particulares dificultades para la conciliación, particularmente

en razón de la maternidad, sin que podamos por tanto dejar de reiterar lo que, en ese sentido, ya dijéramos en la STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5, por ser todavía necesario, pese a los esfuerzos jurídicos y dinámicas sociales de transformación que innegablemente se están produciendo.

Tiene pleno sentido en consecuencia, y tanto la demanda social como las intervenciones normativas así lo desvelan y reclaman, abundar en esa protección, ampliar y desplegar su sentido profundo ligado a la dignidad de la persona y valor de todo ser, y tutelar y favorecer el cambio de conciencia y convivencia que solo la paridad garantiza, fortaleciendo la tutela siempre que se constate (como señalara el Pleno de este Tribunal hace escasas fechas en la STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 10) una desigualdad histórica que pueda calificarse de «*estructural*», pues la igualdad sustantiva es un elemento definidor de la noción de ciudadanía en nuestro orden constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 4).

En definitiva, como señala la STC 66/2014, de 5 de mayo, FJ 2, «*la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio*».

VII.

A partir la doctrina vertida en las consideraciones anteriores, enjuiciando la cuestión de fondo que el recurso de amparo plantea, concluye el Tribunal Constitucional que la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencina impugnada ha vulnerado el derecho fundamental invocado.

En cuanto a los factores concurrentes en este caso que podrían eventualmente amparar la pretensión de la recurrente, señala el Tribunal lo siguiente:

a) En cuanto a que la prohibición de discriminación por razón de sexo no juega cuando no ha sido aún formalizada la relación contractual, recuerda el Tribunal la doctrina constitucional en la materia. Las Sentencias 214/2006, de 3 de julio, FJ 3, y 173/1994, de 7 de junio, FJ 3, han declarado que no puede sostenerse en modo alguno que «*solo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza*» discriminatoria, puesto que, de mantenerse la postura anterior, añadiría este último pronunciamiento, «*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 en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el art. 14 CE no cabe dudar (art. 10.2 CE)*».

b) En cuanto a quién tiene el deber de garantizar la protección de la maternidad, como factor biológico tutelado, en su conexión íntima con la prohibición de discriminación, en desarrollo de la doctrina constitucional relativa al art. 14 CE, se aprobó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo art. 8 perfila la discriminación por embarazo o maternidad declarando que «*constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*» y su art. 51 establece los criterios de actuación de las Administraciones Públicas, disponiendo que, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán: a) 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 b) facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional.

Dicha Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, transpone a nuestro ordenamiento interno la Directiva en materia de igualdad de trato 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, 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, en aplicación de las citadas Directivas, la Sentencia de 16 de febrero de 2006 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C- 294/04, resuelve un caso parecido. En efecto, en el caso de la STJUE, la demandante, una vez superadas las pruebas de acceso para un puesto de auxiliar administrativo del Instituto Nacional de la Salud, fue nombrada funcionaria pero no pudo tomar posesión en ese momento por encontrarse de baja por maternidad. Solicitó el aplazamiento de la toma de posesión al Instituto Madrileño de Salud, competente en virtud de una transferencia de competencias, pero con el reconocimiento de efectos económicos y administrativos desde la fecha de nombramiento. Ante la negativa de la administración, el órgano judicial que conoció del recurso planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la compatibilidad de la interpretación del ordenamiento interno realizada por el órgano administrativo y la directiva comunitaria 76/207/CEE. La STJUE de 16 de febrero de 2006, finalmente, declaró que la citada Directiva se opone a una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora que se encuentre en permiso de maternidad los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, aplazando la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad.

En consecuencia, se desprende de ello para el recurso actual, como en aquellos casos también ocurriera, que el órgano administrativo estaba obligado a adoptar medidas o fórmulas flexibles que impidieran que la maternidad fuera un obstáculo para el acceso al empleo público de la mujer trabajadora ahora recurrente, ofreciendo medidas alternativas razonables a la situación específica derivada de la maternidad cuando aquella puso de manifiesto, en fecha 4 de agosto de 2015, en escrito dirigido al INE, su imposibilidad de incorporarse al trabajo por haber dado a luz una hija, el día 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, sin que se procediera, por tanto, a su adjudicación a la siguiente candidata.

Lejos de hacerlo, en el presente caso, en fecha 5 de agosto de 2015 la secretaria general del INE comunicó a la actora que procedía formalizar el contrato con la persona que, encontrándose en la mejor posición, pudiera realizar el trabajo de manera inmediata, al ser *«esta inmediatez y urgencia en la prestación de servicios la que ha motivado que la Dirección General de la Función Pública haya autorizado, de manera excepcional, el proceso selectivo referido»*, sin ofrecer por tanto a la actora ninguna alternativa flexible que permitiera, atendiendo a su maternidad, el acceso al empleo, y adjudicando el puesto de trabajo a la siguiente candidata de las que superaron el proceso selectivo. Todo ello, por lo demás, como destaca el Ministerio Fiscal en su escrito, pese a la claridad e integridad con la que actuó la trabajadora, poniendo de manifiesto abiertamente la situación en la que se encontraba.

c) En cuanto a la intencionalidad lesiva, es doctrina reiterada y constante de este Tribunal que la vulneración de los derechos fundamentales puede darse, aunque no exista *«intencionalidad lesiva»*. La idea de esencialidad del derecho (el contenido esencial al que se refiere el art. 53.1 CE) es lo que subyace en esa doctrina constitucional. Y es que, en efecto, el examen de constitucionalidad que es propio del recurso de amparo, como se infiere del art. 53 CE, gravita alrededor de la garantía de dicho contenido esencial, esto es, supone un examen sobre si el mismo ha sufrido o no, sobre si han quedado o no afectadas las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo abstracto y preexistente al que pertenece, y sin las cuales

dejaría de pertenecer a ese tipo y tendría que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, y, además, sobre si ha sido dañado el contenido del derecho que es absolutamente necesario para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al mismo, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, en suma, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (por todas, STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8).

La STC 2/2017, de 16 de enero, FJ 6, recordaba ese parámetro reiterado en nuestra doctrina, caracterizador de todo juicio sobre la incidencia sobre un derecho fundamental, y que consiste en que puede declararse la lesión del derecho fundamental aunque no haya ánimo lesivo, en este caso discriminatorio, al bastar la objetividad del perjuicio.

Tampoco desde ese prisma, por tanto, cabe oponerse a la pretensión de la recurrente, ya que el perjuicio es patente, al no haber podido acceder a la plaza que obtuvo en el proceso selectivo, siendo indiferente que quedase o no acreditado el elemento intencional o la motivación discriminatoria de la parte demandada en el proceso judicial, el INE, ya que la decisión debe ser examinada de forma objetiva y objetivamente el perjuicio se ha producido en razón de la maternidad.

Más aún, es de ese modo cuando también hemos establecido con reiteración que en la apreciación de la vulneración de la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo no tienen «valor legitimador» otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado contrario al art. 14 CE que se ha causado (STC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 4). Cuenta ello con fundamento, como dijera con toda claridad la STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 7, en que la conducta empresarial fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo no puede ser valorada como un mero acto de libertad o como el ejercicio de facultades habilitadas por el Derecho, lo mismo que el interés empresarial 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 la discriminación de la mujer. Por consiguiente, no pueden aducirse como justificación habilitante frente a la discriminación causada las razones de servicio y urgencia de cobertura de la plaza a las que hace referencia el abogado del Estado, o la resolución recurrida.

d) Finalmente, en cuanto a la irrelevancia del término de comparación,- que fue contratada en su lugar otra mujer, a la que se le reconocieron además derechos asociados a su maternidad,- como señalara la STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 6, cualquier comparación que se realice, o pauta relacional que se incorpore, a un juicio de discriminación no puede emplearse como sustento de la negación de su concurrencia, sino, a lo más, como apoyo en la acreditación de su existencia. Sencillamente porque el juicio sobre la discriminación del segundo inciso del art. 14 CE no requiere un término de comparación que lo desvele. Basta constatar que el factor protegido ha sido soslayado objetivamente o intencionalmente dañado, provocando un perjuicio o minusvaloración a la mujer trabajadora.

Es irrelevante, por tanto, que se contratara a otra mujer o que a esta le fueran reconocidos derechos propios de su condición de madre trabajadora. La prohibición de discriminación no exige un contraste con nadie, con un tercero, sino solo la verificación de la concurrencia del factor protegido y el perjuicio que a él haya quedado asociado (por todas, STC 171/2012, de 4 de octubre, FJ 5 y ST7C 104/2014, de 23 de junio, FJ 6).

VIII.

Procede, pues, declarar que se vulneró el derecho de la demandante de amparo a no sufrir discriminación por razón de sexo. La actuación del INE ocasionó una discriminación directa contraria al art. 14 CE, por ser mujer en estado de maternidad la recurrente, resultando esta perjudicada por esa causa, al habersele impedido con fundamentos incompatibles con el segundo inciso del art. 14 CE su

derecho de acceso a la plaza que obtuvo en el proceso selectivo, colocándola en una clara desventaja por ser mujer trabajadora y madre.

IX.

La clara argumentación de la Sentencia exime de cualquier otro comentario, partiendo de la base de la aceptación plena de la misma por parte del que suscribe.