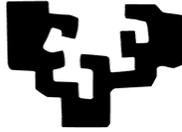


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

GRADO EN DERECHO

Facultad de Derecho. Sección Bizkaia

**PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL
ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES, EN ESPECIAL
POR RAZÓN DEL GÉNERO**

MAYO 2023

Trabajo realizado por Nerea Rino Vela

CURSO ACADÉMICO 2022-2023

Dirigido por Garbiñe Biurrun Mancisidor

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	8
1.1 Definiciones.....	8
1.1.1 Principio de igualdad ante la ley.....	8
1.1.2 Principio de no discriminación.....	9
- Discriminación directa por razón del género.....	12
- Discriminación indirecta por razón del género.....	13
1.2 Marco legislativo.....	14
1.2.1. Normativa internacional.....	14
1.2.2 Normativa comunitaria.....	15
1.2.3 Normativa estatal.....	16
1.2.3.1 Constitución Española.....	17
1.2.3.2 Legislación estatal.....	18
1.1.4 Normativa en la Comunidad Autónoma del País Vasco.....	19
1.3 Marco jurisprudencial y doctrinal.....	20
1.3.1 TJUE.....	20
1.3.2 TEDH.....	23
1.3.3 TC.....	24
2. DISCRIMINACION POR RAZÓN DEL GÉNERO EN EL ÁMBITO LABORAL.....	25
2.1. Discriminación por maternidad.....	26
2.1.1 Definición.....	26
2.1.2 Legislación.....	28
2.1.2.1 Normativa estatal.....	28
2.1.2.2 Normativa comunitaria e internacional.....	31
2.1.3 Comunicación y conocimiento del empleador.....	31
2.1.4 Carga de la prueba.....	34
2.1.5 Extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba.....	36

2.2 Discriminación por asunción de obligaciones familiares.....	38
2.3 Discriminación por estado civil.....	41
2.4 ¿Discriminación en prestación por nacimiento y cuidado del menor en familia monoparental?.....	43
3. GARANTÍAS.....	45
3.1 Recurso de amparo.....	45
- <i>Definición.....</i>	<i>45</i>
- <i>Requisitos previos.....</i>	<i>46</i>
- <i>Legitimación.....</i>	<i>46</i>
- <i>Procedimiento.....</i>	<i>47</i>
3.2 Garantía de indemnidad.....	48
4. CONCLUSIONES.....	49

LISTADO DE ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
DDHH	Derechos Humanos
DDFF	Derechos Fundamentales
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ET	Estatuto de los Trabajadores
INE	Instituto Nacional de Estadística
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IP	Incapacidad Permanente
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
OIT	Organización Internacional del Trabajo
SS	Seguridad Social
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

RESUMEN

Es bien sabido por todos que en la actualidad no se ha erradicado la desigualdad y la discriminación existente entre hombres y mujeres en muchos ámbitos. En el presente escrito abordaremos la que afecta y se refiere al ámbito laboral.

En un principio, abarcaremos qué entendemos por igualdad y por no discriminación, dando una definición a las mismas y aportando numerosos ejemplos con tal de entender dichas acciones discriminatorias. Asimismo, el Ecuador del estudio se encuentra en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en especial, en la discriminación por maternidad. Que pese a que actualmente se considere una materia superada y sobre la cual ya no existe discriminación, podremos observar que en la práctica continúa más latente de lo que nos podemos imaginar. Aunque ese sea el problema principal mencionado en dicho precepto, observaremos que, del mismo modo, queda mucho trabajo por hacer tanto en el ámbito de la asunción de obligaciones familiares, que generalmente se adjudican a mujeres, como en el ámbito del estado civil.

Todo lo mencionado se trabajará y observará desde un plano teórico pero, sobre todo, desde un plano jurisprudencial, aportando numerosas resoluciones con el fin de entender la materia tratada y abordarla con casos reales y actuales.

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Definiciones

En primer lugar y para comenzar debemos esclarecer que nuestro ordenamiento jurídico diferencia, por un lado, el principio de igualdad ante la ley y, por otro lado, la prohibición de discriminación. Así nos lo deja ver el artículo 14 de la Constitución, que establece lo siguiente y que abordaremos con más detalle con posterioridad: “*Los españoles **son iguales ante la ley**, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. Podemos observar que el inicio del precepto hace referencia a la igualdad ante la ley y la segunda parte al principio de no discriminación.

1.1.1 Principio de igualdad ante la ley

El principio de igualdad es un derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico y el mismo se define como el tratamiento igualitario entre los iguales y desigual entre los desiguales, esto es, se prohíben los tratos diferenciados carentes de justificación.

Al hablar de igualdad ante la ley hacemos referencia al tratamiento igualitario de los ciudadanos en aplicación de la ley y en el contenido de la misma.

De este modo el TC, en su sentencia 200/2001, de 4 de octubre, clarifica que este principio “*exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas*”¹.

De esta resolución, y de otras muchas del mismo Tribunal, extraemos que, para comprobar si ha existido vulneración del principio de igualdad, debemos basarnos en tres criterios:

¹ STC N° 200/2001, 4 de octubre.

1. La persona que alega la vulneración debe demostrar que las situaciones que compara son iguales o especialmente similares
2. Ausencia de justificación objetiva y razonable
3. Que, en el caso de trato desigual por estar justificado, dicho trato no sea descomedido o excesivo.

Asimismo, la STC 75/2011 de 19 de mayo, en relación con lo mencionado, argumenta en base a lo declarado por el mismo Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos conforme al art. 14 CEDH, que *“el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello. Como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable”*².

Como ya veremos posteriormente al analizar el marco legislativo del principio, el mismo se encuentra en nuestra Constitución y no únicamente en una ocasión, sino que además de ser un principio jurídico y un derecho fundamental de todos los ciudadanos (art. 14 CE), el artículo 1 de la Carta Magna lo consagra como el valor superior de nuestro ordenamiento jurídico: *España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*³. La vulneración del presente principio acarrea, del mismo modo, la vulneración de la dignidad de la persona, establecido en el artículo 10 CE, por situar a ciertos colectivos de la población en situaciones perjudiciales.

² STC N° 75/2011, 19 de mayo.

³ CE. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, art 1.

Por lo que, deducimos de lo expuesto, que lo que impide este principio son, en supuestos de hecho homólogos, diferencias de trato injustificadas, por no encontrarse las mismas basadas en criterios razonables, fundados y objetivos.

1.1.2 Principio de no discriminación

Estamos ante un principio cuya definición podemos extraerla de la STC número 253/2004, de 22 de diciembre, la cual hace referencia a la discriminación como “*una serie de diferenciaciones de trato que no están objetivamente justificadas por el fin lícito de la norma*”⁴. Por lo que, aludimos a un tipo específico de diferencia de trato carente de justificación que se vincula a la inclusión de una persona a un grupo o categoría social.

Atendiendo a dicha descripción, es conveniente señalar los dos criterios acumulativos que emplea el TEDH para hablar de discriminación⁵:

1. Que se de una diferencia de trato en el ejercicio o en la aplicación de un derecho reconocido
2. Que no exista justificación objetiva y razonable.

Por justificación objetiva y razonable entendemos “*aquella que persigue un fin legítimo en una sociedad democrática y que respeta una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido*”⁶. Por lo que, no cualquier trato desigual puede llegar a resultar discriminatorio, sino solo aquel que no está basado en causas objetivas y razonables, aquél que resulta arbitrario⁷.

Como es bien sabido, la discriminación y las acciones discriminatorias pueden llevarse a cabo por abundantes motivos y en cuantiosos escenarios. En el presente escrito reduciremos todas

⁴ STC N° 253/2004, 22 de diciembre.

⁵ GARRIDO GÓMEZ, María Isabel : *Esquemas sobre igualdad y no discriminación por razón de género*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

⁶ GARRIDO GÓMEZ, María Isabel : *Esquemas sobre igualdad...*, cit.

⁷ MARTIN SIERRA, José Manuel ; FERRER MARTIN DE VIDALES, Covadonga : “La Igualdad ante la ley en la doctrina del TJUE”, Estudios de Deusto (211-245), 2017.

las existentes y abordaremos las que afectan y se refieren al género de la persona en el ámbito laboral. Por lo que, en este contexto, este principio de no discriminación está dirigido tanto a los poderes públicos como al empleador, a los que impone la obligación de no discriminar por razón del género.

Pero, ¿a qué aludimos al hablar, específicamente, de discriminación laboral? Entendemos que se trata de un trato diferenciado por el cual un trabajador se ve perjudicado, ya sea salarial, profesional o moralmente respecto al resto de sus compañeros por motivos que nada tienen que ver ni están relacionados con su desempeño laboral. Como ya se ha hecho alusión, una de las causas más frecuentes de discriminación laboral es la que se refiere al género, es decir, la discriminación que se sustenta en la distinción entre ser hombre o mujer, que es la que tocaremos en este trabajo.

En cuanto a su razón de ser, tal y como señala el TC en el fundamento jurídico cuarto de su Sentencia 26/2011, de 14 de marzo : *“debemos comenzar recordando que la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo”*⁸.

Teniendo presente todo lo mencionado, acudimos a la STC 145/1991, de 1 de julio de 1991. En la misma se argumenta la existencia de dos tipos de discriminación: la discriminación directa y la discriminación indirecta. La primera de ellas la define como *“el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona, expresándose de forma clara y explícita, más fácil de detectar; por ejemplo, despedir a una mujer por el hecho de que esté embarazada”*. En cuanto a la discriminación indirecta, nos encontramos ante *“un tratamiento aparentemente neutro o no discriminatorio por el que acaban situando a una persona en situación de desventaja”*.

⁸ STC N° 26/2011, 14 de marzo.

- *Discriminación directa por razón del género*

Se trata del supuesto más usual en el ámbito de las relaciones laborales. Por discriminación directa por razón del género entendemos aquel trato diferenciado y desfavorable de una persona con osación de su género. Encontramos una esclarecedora definición en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, que mencionaremos con posterioridad, que establece: “*la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable*”.⁹

Por lo que estamos ante el supuesto en que una trabajadora se encuentra ante un trato más vejatorio que ante el que se encuentra un trabajador que está en su misma situación, percibiendo estas actuaciones de forma clara.

Como ejemplos de esta discriminación podemos señalar los despidos por embarazo, las diferencias de salario injustificadas en mismos puestos con la única diferencia de que quien lo desempeña es hombre o mujer, diferencias en las oportunidades de ascenso o promoción de trabajadoras...

Dentro de este trato podemos hacer mención tanto a la discriminación directa abierta y a la discriminación directa encubierta u oculta.

- **Discriminación directa abierta.** Es la que se produce cuando el sujeto manifiesta abiertamente que la razón que motiva la diferencia de trato es la adscripción a la categoría social objeto de discriminación, en el presente caso, ser mujer.
- **Discriminación directa encubierta u oculta.** Es la que se produce cuando una persona esconde sus motivaciones discriminatorias fundamentando su decisión en otros motivos de carácter neutro. Por ejemplo, es la que se da cuando una mujer se

⁹ Directiva (UE) 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. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 204, de 26 de julio de 2006, páginas 23 a 36.

queda embarazada y el empresario la despide por este motivo, pero justificándose formalmente en su bajo rendimiento.

- *Discriminación indirecta por razón del género*

Por otro lado, la discriminación indirecta se da cuando se emplea una regla, medida, criterio... que en un primer momento puede parecer imparcial y objetiva pero que, produce un impacto desfavorable en uno de los sexos sin existir una justificación objetiva y razonable que haga ver que no ha existido ningún tipo de intención discriminatoria. Del mismo modo que en el anterior supuesto, encontramos la definición completa en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 : *“la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”*.¹⁰

Por lo que estamos ante aquella discriminación que se da en aquella situación laboral aparentemente neutral pero que, sin embargo, oculta acciones discriminatorias. Es la que con más frecuencia se observa en la práctica y, del mismo modo, la más difícil de demostrar.

En este caso, se consideran ejemplos de discriminación indirecta el trabajo a tiempo parcial, el trato diferente para ejercer los derechos de conciliación familiar y laboral, poner como requisito básico el esfuerzo físico o cualquier otro requisito que sea predominante en un género pero que no tenga relación con el puesto de trabajo...

Un caso que considero especialmente relevante para abordar el presente punto es el que dio lugar a la STC 145/1991 de 1 de julio. Lo sucedido fue que en dicho hospital existían dos categorías de trabajadores. Por un lado los peones, que eran hombres y por otro lado las limpiadoras, que eran mujeres. Estas últimas percibían una tributación inferior pese a realizar

¹⁰ Directiva (UE) 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. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 204, de 26 de julio de 2006, páginas 23 a 36.

las mismas tareas. La empresa argumentó que estas diferencias salariales se deben a una diferencia objetiva de valoración del trabajo. Finalmente el tribunal consideró que el único fundamento que existía para dicha diferencia de salario era la categoría asignada en el Convenio, lo que estimó que era una forma indirecta de discriminación, ya que se trataba de un sistema de clasificación profesional que se basaba en el género y estableció que *“la categoría profesional es un elemento secundario cuando se constata la esencial identidad en la prestación laboral”*.¹¹

1.2 Marco legislativo

El derecho de todo ciudadano a la igualdad, así como la prohibición de discriminación son derechos fundamentales que podemos encontrar tanto en Declaraciones Internacionales de DDHH como en todas las Constituciones de Estados Democráticos, así como en numerosas leyes.

1.2.1. Normativa internacional

Dentro de la normativa internacional es de extrema importancia la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), documento que recoge los derechos humanos básicos. Del mismo texto podemos extraer dos artículos muy relevantes para el tema abordado.

En primer lugar, el primer artículo establece que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*¹². En segundo lugar, el artículo 7 dice lo siguiente: *“todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*¹³.

¹¹ STC N° 145/1991, 1 de julio.

¹² Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A). París.

¹³ Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A). París.

Además con el fin de abordar el tema a tratar, que no radica sino en torno a la desigualdad entre hombres y mujeres, existen numerosos Comités, Convenciones, Pactos, Declaraciones y Conferencias, siendo especialmente relevantes las que siguen. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre Derechos Políticos de la mujer de 1952, la Declaración de la Asamblea General sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993, así como numerosas conferencias en Mexico (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) o Beijing (1995).

1.2.2 Normativa comunitaria

Además del ámbito internacional, contamos con el ámbito comunitario. Uno de los principios fundamentales del Derecho de la UE es la igualdad entre hombres y mujeres, así lo señala el artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: *“En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”*¹⁴. El mismo texto, en su artículo 157.1 establece que *“cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”*¹⁵.

En este ámbito existen infinidad de directivas, siendo importante para el presente trabajo 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. Este escrito consolida varias directivas existentes que tratan y abordan la igualdad, mejorando de este modo la normativa europea sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo. Así pues prohíbe las discriminaciones, ya sean directas o indirectas, en cuestiones de contratación, acceso al trabajo, condiciones de trabajo, formación, promoción y afiliación a las organizaciones de trabajadores o empresarios.

¹⁴ TFUE, firmado en Roma en 1957. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 83, 30 de marzo de 2010, art 8.

¹⁵ TFUE, firmado en Roma en 1957. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 83, 30 de marzo de 2010, art 157.1.

Esta mencionada Directiva derogó la anterior Directiva 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.

Del mismo modo, en los numerosos tratados que han existido en la UE podemos observar la intención de promover la igualdad:

- Tratado de Roma (1957). El mismo adhirió una serie de disposiciones referentes al principio de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral.
- Tratado de Maastricht (1992). En este texto se reinterpreta el concepto de retribución así como cuestiones sobre cotizaciones y prestaciones de la Seguridad Social.
- Tratado de Amsterdam (1997). Se incluyó la igualdad de mujeres y hombres en políticas y acciones comunitarias.
- Tratado de Lisboa (2007). Establece la igualdad entre mujeres y hombres como un valor en el que se fundamenta la Unión.

1.2.3 Normativa estatal

En este punto no solo abordaremos lo que atañe y se refiere a la Constitución como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, sino que, como observaremos, actualmente existe abundante legislación al respecto, llevando a cabo de este modo un importante avance.

Es importante señalar, con anterioridad a adentrarnos en el marco estatal, que nuestra legislación protege el derecho a la igualdad laboral, llegando incluso a considerarse delito la discriminación en el ámbito laboral. Del mismo modo, la igualdad de trato y oportunidades entre ambos géneros, hombres y mujeres, no deja de ser un principio del ordenamiento jurídico, y por lo tanto, el mismo habrá de tenerse muy en cuenta al ahora de interpretar y aplicar la diversa normativa.

1.2.3.1 Constitución Española

Se ha señalado con anterioridad que el principio de igualdad y no discriminación se encuentra en nuestra Constitución en reiteradas ocasiones. En el artículo 1 se establece que uno de los valores superiores es la igualdad, pero el núcleo de este principio se encuentra en el artículo 14 del texto constitucional que esclarece lo que sigue: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*¹⁶. Podemos observar, como se ha mencionado con anterioridad, que en este precepto contamos, en el primer inciso, con el principio de igualdad, al afirmar que todos los españoles son iguales ante la ley y, en el segundo inciso, con la prohibición de discriminación.

Del mismo modo, por un lado, el artículo 9.2 aclara que *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*¹⁷. Por otro lado, el artículo 24 esclarece el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión.

Por último, otro relevante precepto que podemos encontrar en el texto, que guarda una muy estrecha relación con el tema abordado, es el artículo 35.1. El mismo enuncia que *“todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*¹⁸.

1.2.3.2 Legislación estatal

¹⁶ CE. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, art 14.

¹⁷ CE. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, art 9.2.

¹⁸ CE. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, art 35.1.

En primer lugar contamos con el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En especial, sus artículos 4.2. c), 9.3, 28, 53.4 y 55.5. Los mismos establecen lo que sigue:

El artículo 4.2. c) : *“En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo (...)”*.¹⁹

El artículo 9.3 : *“En caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor”*.²⁰

El artículo 28 alude a la igualdad de remuneración por razón de sexo.

El artículo 53.4 establece que *“cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio”*.²¹ Además, enumera una serie de supuestos en los que la decisión extintiva también será nula.

Por último el artículo 55.5 expone que *“será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca*

¹⁹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, núm. 255, art 4.2.c).

²⁰ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, núm. 255, art 9.3.

²¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, núm. 255, art 53.4.

con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.²² Del mismo modo, enumera los mismos supuestos que el artículo anterior.

Así mismo la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres es de especial relevancia en la presente materia y por ello, con posterioridad abordaremos varios de sus artículos. Del mismo modo, existe la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

También es de vital importancia el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. En especial sus artículos arts. 7.13, 8.17, 12; 16 y 46 bis.

Por último, podríamos hacer alusión al Código Penal. El texto contiene numerosas referencias al acoso sexual, así como sus sanciones. Del mismo modo, contiene preceptos que sancionan la discriminación en el ámbito laboral, lo encontramos en el artículo 314: *“Quienes produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de (...) su sexo (..) serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses”*²³.

1.1.4 Normativa en la Comunidad Autónoma del País Vasco

En cuanto a la normativa que podemos encontrar en nuestra Comunidad Autónoma son de especial relevancia los tres siguientes cuerpos normativos.

En primer lugar la Ley 1/2022, de 3 de marzo, de segunda modificación de la Ley para Igualdad de Mujeres y Hombres. En segundo lugar, contamos con la Ley 3/2012, de 16 de febrero, por la que se modifica la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres y la ley sobre Creación de Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer. Por último, cabe mencionar el Decreto

²² Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, núm. 255, art 55.5.

²³ Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, art. 314.

424/1994, de 8 de noviembre, por el que se crea la figura de “Entidad Colaboradora en Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres”.

1.3 Marco jurisprudencial y doctrinal

En el presente punto abordaremos y trataremos, con el fin de ejemplificar la materia tratada en los puntos anteriores, algunas de las sentencias que trabajan el tema.

1.3.1 TJUE

El Tribunal de Justicia de la UE ha desempeñado un importante papel en la promoción de la igualdad de hombres y mujeres²⁴, siendo un principio genérico en la doctrina de dicho Tribunal y existiendo multitud de sentencias al respecto.

“La formulación del principio de igualdad en el Derecho europeo, tal y como ha sido formulado y sostenido en la doctrina del TJUE sería la siguiente: «el principio general de igualdad, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado». Principio que el TJUE ha confirmado que se encuentra consagrado por los artículos 20 y 21 de la Carta”.

Asimismo, el TJUE ha gestado el anteriormente mencionado concepto “discriminación indirecta” y han existido sobre ello pronunciamientos de suma trascendencia. Ejemplo de esto es el caso *Bilka-Kaufhaus GmbH contra Weber Von Hartz*, de 13 de mayo de 1986 (asunto C-170/84). En la misma se trata el impacto negativo que tenía para las mujeres una medida empresarial por la que se excluía del régimen complementario de pensiones a los trabajadores a tiempo parcial, ya que estos puestos estaban ocupados mayoritariamente por mujeres puesto que buscaban así compaginar su trabajo con la atención a la familia. En el mismo “*el Tribunal consideró que una medida que excluyese a los trabajadores a tiempo parcial de un régimen de pensiones profesional constituía una discriminación indirecta (...) si afectaba a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, a menos que pudiese demostrarse*

²⁴ GARRIDO GÓMEZ, Maria Isabel : *Esquemas sobre igualdad...*, cit.

*que la exclusión se basaba en factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo”.*²⁵

Podemos señalar otro caso: el caso Margaret Kenny contra Minister for Justice, Equality and Law Reform, sentencia de 28 febrero 2013 (Asunto C-427/11). Como hechos tenemos a las recurrentes, funcionarias del *Minister* adscritas al desempeño de tareas administrativas en la *An Garda Síochána* (Policía Nacional). Según las mismas, efectúan un trabajo equivalente al de otros empleados varones de la *An Garda Síochána* igualmente adscritos al desempeño de tareas administrativas en puestos específicos reservados a miembros de éste, recibiendo un salario menor que los hombres. Según el *Minister*, la asignación de los miembros de la *An Garda Síochána* a puestos administrativos reservados, esto es, los puestos designados, estaba justificada para responder a necesidades operativas y era apropiado y necesario para satisfacer dichas necesidades atribuir a los policías adscritos a tales puestos el nivel de remuneración correspondiente a su rango como miembros de la *An Garda Síochána*. Existe a primera vista una discriminación salarial indirecta por razón de sexo y el fondo de la cuestión fue si estaban ante situaciones idénticas o comparables, si se trataba del mismo o idéntico trabajo. Finalmente el TJUE declaró que:

“ - unos trabajadores ejercen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional nacional;

- en el marco de una discriminación salarial indirecta, incumbe al empleador aportar una justificación objetiva de la diferencia de retribución apreciada entre los trabajadores que se consideran discriminados y las personas de referencia;

- la justificación ofrecida por el empleador de la diferencia de retribución que pone de manifiesto una apariencia de discriminación por razón de sexo

- el interés por mantener unas buenas relaciones laborales puede ser tomado en consideración por el órgano jurisdiccional nacional entre otros elementos para apreciar si las diferencias entre las retribuciones de dos grupos de trabajadores se deben a factores

²⁵ GARRIDO GÓMEZ, María Isabel : *Esquemas sobre igualdad...*, cit.

*objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo y son conformes con el principio de proporcionalidad”.*²⁶

Finalmente la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de mayo de 1971, relativo a Gabrielle Defrenne contra el Estado belga (Asunto 80-70). Este caso creó un derecho subjetivo a la no discriminación en el ámbito de la retribución salarial por razón del género (art. 157 TFUE) que ha ido desarrollándose con el paso de los años y de las sentencias. Además, lanzó un mandato a la Comisión para que elaborase políticas de género más generales y presentase iniciativas legislativas en este campo, que desembocaron en Directivas Comunitarias sobre igualdad entre hombres y mujeres.

1.3.2 TEDH

La igualdad entre mujeres y hombres es uno de los principales objetivos de los Estados miembros del Consejo de Europa y uno de los principios fundamentales del CEDH, estando muy arraigada la prohibición de discriminaciones directas como la prohibición de discriminaciones indirectas.

Como bien sabemos, y hemos mencionado con anterioridad la prohibición de la discriminación está protegida de forma desarrollada y adecuada en virtud del artículo 14 del CEDH y la jurisprudencia pertinente de este Tribunal.

Existen numerosos casos que abordan este tema, de los cuales considero relevante para abordar la cuestión los que siguen.

Asimismo tenemos el caso Wessels-Bergervoet contra Holanda, de 4 de junio de 2002. En este supuesto la demandante consideraba que la diferencia de trato entre hombres casados y mujeres casadas en materia de pensiones constituía una discriminación por razón de sexo, ya que los hombres casados cobraban una pensión de jubilación equivalente al cien por cien del salario, mientras que las mujeres casadas sufrían una reducción, igual que los hombres solteros. El Gobierno holandés justificaba este trato diferente en el hecho de que normalmente eran los maridos los que proporcionaban a las necesidades del hogar. El

²⁶ Sentencia del TJUE, de 28 de febrero de 2013, C-427/11, Caso Margaret Kenny y otras contra Minister for Justice, Equality and Law Reform y otros.

Tribunal reiteró que sólo las razones más fuertes podían justificar un trato diferente por razón de sexo y de estatus marital y que, en este caso, no existía una justificación objetiva y razonable. Así pues, estimó que se había producido una vulneración del artículo 14 del CEDH.

Para continuar es, del mismo modo, especialmente relevante el Caso Emel Boyraz contra Turquía, de 2 de diciembre de 2014, en que la demandante había aprobado un examen para un puesto de agente de seguridad en una empresa pública, pero había sido considerada no apta por no cumplir los requisitos de “ser un hombre” y “haber cumplido el servicio militar”. El Tribunal apreció aquí vulneración del artículo 14 del CEDH. Afirmaba que los motivos alegados por el Estado demandado sobre la necesidad de usar la fuerza física y de asumir riesgos por trabajar de noche y enfrentarse a la posibilidad de ataques no eran suficientes para justificar esta diferencia de trato entre hombres y mujeres.

1.3.3 TC

Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, el principio que estamos tratando, consagrado en el art. 14 CE, *“impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o que resulte desproporcionada en relación con dicha finalidad”*.²⁷ Se trata del principio de derecho que ha sido invocado en mayores ocasiones por el TC y que se despliega en dos niveles: la igualdad ante la ley (o igualdad en la aplicación de la ley) y la igualdad en la ley (o igualdad en el contenido de la ley).

Existe numerosa jurisprudencia al respecto de este tribunal. En primer lugar, es sumamente ejemplificativa la STC 229/1992, de 14 de diciembre. En la misma, la actora considera vulnerado el art. 14 CE puesto que, tras solicitar el ingreso a la empresa Hulleras del Norte S.A. y ser declarada apta para desempeñar la categoría de ayudante minero, las 900 plazas fueron ocupadas por varones sin que la recurrente consiguiera ingresar en la empresa. La trabajadora interpone recurso de amparo ya que superó todas las pruebas en igualdad de condiciones que las personas de género masculino que las superaron. La empresa demandada

²⁷ RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro: *Igualdad Tributaria y Tutela Constitucional. Un estudio de jurisprudencia*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

no alegó ni probó en ninguno de los procesos que la no contratación de la actora, en desigualdad de trato de los varones que superaron al mismo tiempo que ella las correspondientes pruebas de acceso y de carácter médico, obedecieran a otra razón que a su condición de mujer. Finalmente el tribunal estima el recurso y establece su derecho a ocupar la plaza solicitada de ayudante minero, que habrá de ser en igualdad de condiciones laborales y salariales, antigüedad incluida, que los trabajadores varones que aprobaron aquellas pruebas de acceso contemporáneamente con la actora.²⁸

También podemos hacer referencia a la STC 147/1995 de 16 de octubre. La misma habla sobre la diferencia retributiva que existía en la misma empresa entre mujeres, que realizaban funciones de envasado y control estadístico y los hombres, que realizaban funciones de mezcla, moldeado y bombas de satinado. La resolución aclara que aunque los trabajos que se hacían en unas y otras secciones son diferentes, su valoración, teniendo en cuenta los factores de conocimiento, habilidad manual, esfuerzo mental, visual y físico, es similar en conjunto. El empleador no consiguió probar que los criterios que justifican la diferencia retributiva fueran neutrales u objetivos. Finalmente el TC considera que se vulneran las exigencias dimanantes de la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

2. DISCRIMINACION POR RAZÓN DEL GÉNERO EN EL ÁMBITO LABORAL

Con el fin de abordar esta cuestión, acudimos a la mencionada Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Su artículo 3 establece: *“El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la **maternidad**, la **asunción de obligaciones familiares** y **el estado civil**.”*²⁹

Tomando como referencia este artículo trabajaremos el presente punto dividiéndolo y analizándolo en la forma y orden que expresa el precepto. En primer lugar, trataremos la discriminación por maternidad, considerándolo el punto más importante y en el que más

²⁸ STC N° 229/1992, 14 de diciembre.

²⁹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Boletín Oficial del Estado, 23 de marzo de 2007, núm. 71, art 3.

hincapié haremos y continuaremos con la discriminación por asunción de obligaciones familiares y discriminación por estado civil.

Finalmente, haremos referencia a una cuestión controversial e interesante respecto al tema a tratar que se está abordando en la actualidad que no es sino la relativa a si estamos ante discriminación en los supuestos en los que no se otorga la prestación por nacimiento y cuidado del menor que correspondería al otro progenitor, inexistente en este tipo de familias, a la mujer que forma la familia monoparental con su hijo, además de la prestación otorgada a la misma.

2.1. Discriminación por maternidad

2.1.1 Definición

Como bien podemos extraer de la STC 92/2008, de 21 de julio y de otras muchas que tratan casos similares, el riesgo que supone la pérdida del puesto de trabajo como resultado de la maternidad es uno de los problemas más importantes, a la par de la desigualdad retributiva, al que tiene que hacer frente el trabajador principio de igualdad y no discriminación por razón del género en el ámbito de las relaciones laborales.

Al hablar de discriminación por embarazo o maternidad hacemos referencia al trato desfavorable de una mujer, ya sea empleada o solicitante de empleo, por embarazo, parto o alguna afección médica relacionada con el embarazo o parto.

Esta discriminación supone numerosos efectos que van desde el despido, que, además de estar prohibido, es la consecuencia más grave, hasta resultados que se llevan a cabo incluso después de la incorporación de la trabajadora a su puesto tras la maternidad. Estas consecuencias radican desde la pérdida de responsabilidades que antes de la baja por embarazo tenía asumidas o la imposibilidad de crecer profesionalmente, hasta el apartamiento de ciertas funciones o la relegación a la realización de menos tareas. Del mismo modo, existe el denominado *mobbing maternal* que no son sino ciertas situaciones discriminatorias en las que se encuentran las mujeres en el ámbito laboral, es decir, situaciones de acoso y discriminación por el simple hecho de ser madres o querer serlo.

En cuanto a la ubicación de este tipo de discriminación, cabe mencionar que anteriormente, se cuestionaba donde se encuadraban este tipo de acciones, ya que se pensaba que se enmarcaba en la clausula abierta del art. 14 CE que hace referencia a *“otra condicion personal”*, actualmente, el TC en numerosas de sus resoluciones apunta su conexión con el sexo de la persona, catalogandolo así como discriminación por razón del sexo. Con el fin de matizar esta afirmacion, acudimos a ciertas resoluciones del mismo tribunal, creando las mismas doctrina, que establecen, : *“al tipo de discriminación comprende sin duda aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres”*. Asimismo la STC 161/2004, de 4 de octubre de 2004 aduce que : *“Por ello, partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE”*. Es también conveniente señalar la STC 185/2005, de 4 de julio que expresa, como hemos aclarado, que cualquier perjuicio que se genere en la mujer trabajadora por causa del embarazo o la posterior maternidad se encuadra en un supuesto de discriminación directa por razón del sexo.

Por todo ello, en el caso de que el empresario, en el ejercicio de sus facultades, lleve a cabo acciones que supongan un trato adverso y negativo para las mujeres trabajadoras, ya sea en el acceso al puesto de trabajo, en las condiciones y trato durante la vigencia del mismo o en su extinción, cuyo motivo real sea el embarazo o maternidad, o el ejercicio de cualquier derecho derivado de los mismos, constituye una conducta que vulnera el artículo 14 CE.

Para finalizar este punto aclarar que, es muy relevante tener en cuenta la doctrina jurisprudencial del TC, producida a raíz de las STC 92/2008 y 124/2009. La misma establece que en los supuestos de despido de trabajadoras embarazadas se debe diferenciar si tal decisión responde al embarazo (móvil discriminatorio) o si tal decisión simplemente coincide en el tiempo con dicho estado, sin que el empresario conozca el embarazo. En el primero de los casos, la nulidad del despido procede de la vulneración del art. 14 CE, vulnerando así la prohibición de discriminación por razón del sexo. En el segundo, el despido se declarará nulo en base al sistema introducido por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la

conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que analizaremos con posterioridad.

2.1.2 Legislación

2.1.2.1 Normativa estatal

La anteriormente mencionada Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo esclarece medidas que incluyen mejoras con el fin de fomentar y mejorar el empleo femenino. Entre estas medidas radican las siguientes:

- flexibilidad del horario de trabajo,
- disfrute de vacaciones fuera del periodo de baja por maternidad,
- reducción de la jornada entre $\frac{1}{8}$ y la mitad por cuidado de menores de 8 años o personas con discapacidad,
- fraccionamiento de la excedencia por cuidado de familiares

Asimismo define el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, la discriminación directa, la discriminación indirecta, hace referencia al acoso sexual y el acoso por razón del sexo y, al punto que nos atañe: la discriminación por embarazo o maternidad.

En esta línea, esclarecer que este cuerpo legislativo establece en su artículo 8 que “*constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*”.³⁰ Es decir, “*las diferencias de trato que se pruebe que están conectadas de alguna manera con el estado de embarazo o maternidad de la mujer trabajadora constituyen una discriminación directa por razón de sexo*”.³¹

Siguiendo con la normativa estatal nos encontramos con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la

³⁰ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Boletín Oficial del Estado, 23 de marzo de 2007, núm. 71, art 8.

³¹ MARTIN HERNANDEZ, Maria Luisa: “Recurso de amparo. Prohibición de discriminación por razón de sexo (embarazo) en el seno de la relación laboral. Comentario a la STC 182/2005, de 4 julio (RTC 2005, 182)”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, 2005.

cual ha llevado a cabo diversas modificaciones en varias de las leyes de nuestro ordenamiento jurídico, como son el ET, la Ley de Protección Laboral, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la Ley General de la Seguridad Social.

Las modificaciones más relevantes llevadas a cabo en el supuesto que estamos trabajando se han ejecutado en el ET, en sus artículos 45, 52, 53 y 55. En el último de los mencionados se modificó su apartado quinto, otorgando de esta forma la nulidad a los despidos de mujeres embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de período de suspensión.

A raíz de esta mención a este cuerpo legal podemos establecer que el ET permite declarar el despido de una trabajadora embarazada como procedente cuando el mismo se funda en motivos no relacionados con el embarazo o el ejercicio del derecho a los permisos o excedencias atribuidos a esta condición. Esto es, para que el despido pueda considerarse procedente, debe acreditarse de manera suficiente la causa objetiva del mismo. Si acudimos a la ley vemos que, como hemos mencionado, es posible despedir a una trabajadora embarazada, siempre que se cumplan los requisitos y las causas pertinentes. Lo que sucede es que las mujeres embarazadas cuentan con una protección especial en estas circunstancias. Esta protección hace referencia a que los despidos de mujeres embarazadas sólo pueden declararse procedentes o nulos, no improcedentes.

Por un lado, en el artículo 53.4.b) del Estatuto de los Trabajadores, que hace referencia al despido objetivo, aclara lo que sigue:

*“Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será **nula**, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio.*

*Será también **nula** la decisión extintiva en los siguientes supuestos:*

b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a);

*Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la **procedencia** de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. Para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida”.*³²

Por otro lado, el artículo 55.5.b) del mismo cuerpo legal, hace referencia al despido disciplinario, estableciendo:

*“Será **nulo** el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.*

*Será también **nulo** el despido en los siguientes supuestos:*

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a);

*Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la **procedencia** del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”.*³³

2.1.2.2 Normativa comunitaria e internacional

En cuanto a la normativa comunitaria, son especialmente relevantes las anteriormente mencionadas Directivas. Tanto la Directiva 76/207/CEE, cuyo objetivo principal es aplicar el

³² Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, núm. 255, art 53.4. b).

³³ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, núm. 255, art 55.5.b).

principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el acceso al empleo, a la promoción, a la formación profesional y a las condiciones de trabajo. De varios de los artículos (2.1; 2.3 y 5.1) de la misma se desprende que el despido de una trabajadora a causa de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, así como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada.

Del mismo modo, tenemos la Directiva 92/85/CEE, que en base a los considerandos de la misma tiene como objetivo proteger a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia contra el riesgo de despido como consecuencia de dichas circunstancias. El art. 10.1 de la misma norma establece la prohibición de despedir a una trabajadora embarazada, que haya comunicado su estado al empresario, durante el periodo comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad.

Por otro lado, el Convenio número 158 de la OIT, en su artículo 5 d) establece que el embarazo no constituye causa justificada para la terminación de la relación laboral y el artículo 4.1 de la recomendación número 95 de la OIT establece que el período durante el cual será ilegal para el empleador despedir a una mujer debe comenzar a contarse a partir del día en que le haya sido notificado el embarazo por medio de un certificado médico. Finalmente, la Declaración de 1975 sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, establece en su artículo 8.1 que la mujer encinta estará protegida contra todo despido por razón de su condición durante todo el período de embarazo.

2.1.3 Comunicación y conocimiento del empleador

Una de las cuestiones que más controversia y debate ha generado en torno a este tema en vía judicial es la necesidad de comunicación y conocimiento del estado de embarazo por la trabajadora que se encuentre en esa situación al empresario para que el despido se considere nulo.

Se trata de una situación que ha generado disputa, ya que se ha llevado a cabo una gran evolución respecto a este punto, puesto que, como aclararé a continuación, inicialmente, como vemos en la jurisprudencia, numerosas resoluciones consideraban necesario el conocimiento del empleador para considerar nulo el despido. Actualmente, se ha desarrollado ese pensamiento, y observamos que dicho requisito que antes era esencial, ya no es necesario

y que, por ello, se puede considerar nulo el despido de una trabajadora embarazada aunque el empresario no tuviera conocimiento de dicha condición.

En un primer momento el TC, en su sentencia de 26 de marzo de 2006 establecía que era preciso y necesario que el empleador tuviera conocimiento del embarazo de la trabajadora, y que, en el caso de existir tal conocimiento la ley “*establece una presunción iuris et de iure de móvil discriminatorio, de suerte que la nulidad sólo estaría excepcionada de acreditarse la procedencia del despido*”. Es decir, en este momento la jurisprudencia consideraba imprescindible el conocimiento empresarial para poder aplicar la nulidad del despido.

Siguiendo este razonamiento nos encontramos numerosas resoluciones, entre las cuales conviene destacar, para esclarecer esta cuestión, las siguientes.

La STC 41/2002 de 25 de febrero aclara que “*como resaltan las resoluciones impugnadas, si se afirma que la causa del despido es el embarazo habrá de consignarse la existencia de tal embarazo y el conocimiento o desconocimiento de la empresa demandada, por lo que, constando expresamente en los hechos probados que la empresa demandada no conocía el embarazo, resulta difícil imputar tal vulneración a la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha basado su decisión en dicha circunstancia*”.³⁴

Del mismo modo, es conveniente traer a colación lo establecido por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en la Sentencia de 11 de febrero de 1997: “*si la empresa desconocía el estado de embarazo de la actora difícilmente, por no decir imposible, resulta que haya basado su decisión de extinguir la relación laboral con la recurrente en dicha circunstancia*”.

Asimismo, Lara M. Munín Sánchez, juez sustituta y doctora en derecho, estableció que la jurisprudencia entendió que el conocimiento del empresario era un requisito imprescindible para acudir a la regla de la nulidad.

Agregando a lo anterior, nos encontramos en el voto particular de la STC 124/2009 de 18 de mayo la siguiente afirmación : “*La idea de discriminación exige con lógica naturalidad el conocimiento del hecho al que se refiere la discriminación, y por ello no creo que pueda*

³⁴ STC N° 41/2002, de 25 de febrero.

hablarse correctamente de despido «motivado por el embarazo», si el embarazo no se conoce”.

A raíz de todas las resoluciones se generó un debate, que dio la vuelta a la doctrina citada, en torno al artículo 18 de la CE, es decir, un debate respecto a la intimidad de la trabajadora y la necesidad de comunicar el empresario su estado de gestación. El TC ha expuesto que la existencia de este derecho a la intimidad de la trabajadora no obliga a la misma a llevar a cabo este conocimiento : *“no es exigible la comunicación al empresario, al pertenecer al ámbito de la intimidad de la mujer trabajadora (art. 18.1 CE)”*.³⁵

Con el fin de añadir jurisprudencia comunitaria es de sumo interés señalar la STJUE de 4 de octubre de 2001, asunto Tele Danmark A/S, asunto C-109/00. En la misma se declaró que una trabajadora no se encuentra obligada a informar al empresario sobre su embarazo cuando este no precisa tener noticia para el cumplimiento de sus funciones y obligaciones.

Finalmente, la sentencia que permite esclarecer la pregunta qué nos planteamos en este punto es la STC 92/2008, de 21 de julio, la cual crea doctrina sentada. La misma finalmente falla la nulidad del despido de la trabajadora embarazada por considerarlo directamente vinculado con el derecho a la no discriminación por razón del sexo. Además, para su razonamiento analiza el artículo 55.5. b) ET, aclarando que el mismo no exige la acreditación de previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide, y menos, el requisito de la previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. Son especialmente deslumbrantes los siguientes razonamiento del tribunal en dicha resolución (STC 92/2008, de 21 de julio):

- *“En ningún caso la Ley exige que el empresario tenga conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora, y porque el despido de ésta por una causa ficticia, estando embarazada, comporta una discriminación en la actuación empresarial”.*
- *“Añade la demandante, citando jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que no se puede exigir a la trabajadora que deba comunicar su estado a la empresa para que entre en juego la garantía de la nulidad, puesto que*

³⁵ STC N° 17/2004, de 30 de enero.

al hacerlo así, además de imponerle un requisito no exigido por la legislación, se le estarían imponiendo condiciones desproporcionadas, incluso atentatorias de su intimidad, que sólo conllevarían que se pudieran adelantar los acontecimientos (es decir, el propio despido) u otro trato degradante o vejatorio por el entorno o por el propio empleador”.

- *“Han rechazado la declaración de su nulidad por la exigencia de un requisito —la acreditación del conocimiento por la empresa de su estado de embarazo— que no figura en la norma legal —art. 55.5 b) de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET)— y cuya aplicación resulta desproporcionada y perjudicial para la trabajadora”.*

- *“Hemos así de señalar que nada en el art. 55.5 b) LET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado”.*

2.1.4 Carga de la prueba

Una vez resuelta la cuestión relativa al conocimiento por parte del empresario, otra de las dudas que nos pueden surgir es: ¿a quien corresponde la carga de la prueba en este supuesto?.

La respuesta más esclarecedora la encontramos en la STC 38/1981, de 23 de noviembre. La misma apunta que, en el supuesto de que se alegue que un despido encubre una lesión a los derechos fundamentales de la trabajadora, la carga de la prueba corresponde al empresario. El mismo debe probar que dicho despido obedece a motivos ajenos a cualquier propósito que atente contra un derecho constitucional (STC 90/1997, de 6 de mayo). Pese a ello, para que se lleve a cabo este desplazamiento al empresario del *onus probandi*, la trabajadora debe acreditar que existen indicios que generan una sospecha, apariencia o presunción a favor de tal afirmación. Es decir, es necesaria la aportación de una “*prueba verosímil*” (STC 207/2001, de 22 de octubre) o “*principio de prueba*” revelador de la existencia de un panorama

discriminatorio general o de hechos de los que surja sospecha de una discriminación por razón de sexo, sin que sea suficiente la mera afirmación.³⁶

Asimismo la STC 41/2002 de 25 de febrero establece que para que se produzca la inversión de la prueba, no basta únicamente con la acreditación del embarazo como dato objetivo, sino que, debe alegar las causas en las que fundamenta la existencia del trato discriminatorio. Es decir, no basta una simple y mera alegación sino la muestra de un panorama indiciario.

Es decir, extraemos, a modo de resumen que:

- La demandante debe demostrar un panorama suficientemente indiciario que levante la sospecha de que ha producido un trato discriminatorio. La jurisprudencia del TC aclara que no basta la simple alegación de la vulneración del derecho fundamental, sino que la actora debe aportar elementos que demuestran la conexión directa.
- Una vez que se considere que existe prueba indiciaria, será el empresario quien debe demostrar que la decisión tomada es totalmente ajena a la razón discriminatoria, dando lugar a la inversión de la carga de la prueba.

En este escenario, la doctrina del TC aclara tres supuestos:

1. La falta de alegación por parte del empresario de una causa real y fundada que permita destruir el panorama indiciario alegado por la demandante convierte dichos indicios en causas fundadas para declarar la lesión del derecho fundamental.
2. El empresario debe demostrar que la decisión de extinguir el contrato además de tener una causa legal (por ejemplo, un despido procedente), tiene base suficiente para descartar la discriminación alegada por la trabajadora.
3. En último lugar, este control realizado por el TC no puede exceder de las funciones del mismo (art. 44 b) LOTC): *“Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en*

³⁶ STC N° 308/2000, de 18 de diciembre.

un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional". Esto es, el tribunal puede proporcionar amparo cuando se produzca la violación de un derecho fundamental, pero no puede entrar a conocer y valorar los hechos del proceso ordinario.

2.1.5 Extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba

Como bien sabemos, al hablar de periodo de prueba hacemos referencia al lapso de tiempo durante el cual el trabajador y la empresa, recíprocamente, hacen prueba de la relación laboral. De esta forma, el trabajador comprueba si la empresa le ofrece las condiciones que le ha establecido y la empresa comprueba si el trabajador cumple con el perfil buscado. Es relevante aclarar que, si una de las dos partes no está conforme ni satisfecha con este periodo de prueba, puede desistir la relación laboral sin explicaciones, formalidad y sin previo aviso.

Pese a ello, la doctrina del TC expone un límite a dicha aptitud de resolución sin razonamiento de causa, que no es sino que la rescisión del contrato no debe tener un fin discriminatorio ni vulnerar un derecho fundamental. Por ello, la resolución del contrato durante el periodo de prueba debido al embarazo es una vulneración al derecho de igualdad y al principio de no discriminación por razón de sexo que llevamos exponiendo durante todo el trabajo.

Ahora bien, en el supuesto que nos atañe, que no es sino el caso de una mujer embarazada, el ET en su artículo 14 aclara lo siguiente:

“La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad. (...)

Las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, violencia de género, que afecten a la persona trabajadora durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes”.

Esto es, el cuerpo legal prohíbe a la empresa la resolución de la relación laboral por motivo de embarazo.

El TS también se ha pronunciado al respecto, estableciendo en su STS 2798/2011, de 12 de julio de 2012 que : *“el periodo de prueba es una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el periodo de prueba esté todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión esté motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental”.*

Sin embargo, es de especial relevancia aportar y analizar la sentencia que fue sumamente importante respecto a este tema en nuestro ordenamiento jurídico: STC 173/2013 de 10 de octubre de 2013. En la misma se extingue el periodo de prueba de una trabajadora que se encontraba embarazada, alegando la empresa que desconocía tal hecho y extinguiendo, del mismo modo, con los mismos argumentos y en la misma fecha, el periodo de prueba de otro trabajador.

En la misma, se razona que lo dispuesto en el art. 55.5.b) ET no se aplica al presente caso, ya que *“nos encontramos ante una situación sustancialmente diferente (...) dada la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y de la extinción del contrato en periodo de prueba”.* Por lo que, le deniega el amparo argumentando que la recurrente no ha aportado suficientes *“indicios racionales de discriminación por motivo de su embarazo, toda vez que ni siquiera resultó acreditado que la empresa tuviera conocimiento del estado de gestación”*, lo que excluye la posibilidad de una inversión de la carga de la prueba.

Por lo que, a raíz de esta resolución se asentó la doctrina del TC que hemos trabajado en el anterior punto, la cual se resume en que para que se reconozca la nulidad es necesario

aportación, de indicios suficientes de que la resolución del contrato en periodo de prueba responde a una potencial discriminación o vulneración de DDF, trasladándose de este modo la carga de la prueba al empresario.

2.2 Discriminación por asunción de obligaciones familiares

El segundo de los móviles discriminatorios que enumera el artículo 3 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres es la asunción de obligaciones familiares.

Este tipo de discriminación, al igual que el anterior, tiene su base en una sociedad anticuada, en la cual la mujer debía ser madre y tener hijos, así como ocuparse de ellos. Así lo apunta Susana Rodríguez, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de León : *“No en vano son las mujeres, quienes sufren frecuentes interrupciones en su desarrollo profesional por asumir el rol de cuidadoras, lo que a menudo conlleva dificultades para acceder al mercado de trabajo y mantener su empleo, así como menores posibilidades en su progresión profesional o para retomar tardíamente su carrera”*.³⁷

Actualmente se han llevado a cabo numerosos cambios, tanto sociales como legislativos, evolucionando, del mismo modo, en los tipos de familia existentes, quedando, pese a ello, mucho trabajo por hacer respecto a esta cuestión.

Este concepto fue empleado por primera vez en la mencionada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En la misma observamos esta idea en varias ocasiones.

En primer lugar, el preámbulo expresa: *“Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la **asunción de obligaciones familiares**, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más*

³⁷ RODRIGUEZ ESCANCIANO, Susana: “Reducción de jornada por cuidado de hijo y discriminación indirecta por razón de sexo: cálculo del descanso (retribuido como trabajo efectivo) tras la realización de guardias médicas”, Revista de Jurisprudencia Laboral, Boletín Oficial del Estado, 2021.

significativa".³⁸ Asimismo, el mencionado artículo 3 habla del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres y expresa que *"El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la **asunción de obligaciones familiares** y el estado civil"*.

Pero, ¿qué son las obligaciones familiares y por qué pueden llegar a ser discriminadas las mujeres por asumirlas?. Las mismas van desde el cuidado de los hijos e hijas o de adultos que son dependientes, seguir cursos de enseñanza o formación para poder crecer profesionalmente o no ser apartadas de ciertas funciones o relegadas a la realización de menos tareas, hasta obligaciones como el cuidado del hogar. Se trata de actuaciones que desde siempre se han atribuido a la figura de la mujer y que, a día de hoy, siguen estando ligadas y relacionándose con ellas, llegando incluso a ser motivo de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, como hemos podido observar que sucedía con el embarazo y la maternidad. Esto es, despidos por esta causa, no contratar a mujeres tras preguntarles si tendrán que asumir este tipo de obligaciones... son causas de discriminación por razón del género y por ello encuadradas en el art. 14 CE.

Por lo que, las obligaciones familiares condicionan y reducen la participación de las mujeres en la vida laboral, ya que, dificultan la asunción de jornadas completas o extraordinarias. Y no solo eso, numerosas mujeres pretenden formarse para poder ascender u optar por otro puesto y esta situación solo les genera dificultades en la conciliación del estudio con estos cargos y deberes. Muchas de ellas dejan de trabajar durante largos periodos de tiempo para poder dedicarse a estas obligaciones, generando de esta forma repercusiones negativas como pueden ser en el ámbito de la jubilación.

Un ejemplo sumamente esclarecedor es el que hace referencia al trabajo a tiempo parcial. Numerosas mujeres alegan que no pueden trabajar a jornada completa, y que el motivo de un 16,2% de mujeres, según el INE, que ejercen su trabajo a tiempo parcial es el cuidado de niños o adultos enfermos, incapacitados o mayores. Por el contrario, los motivos principales

³⁸ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Boletín Oficial del Estado, 23 de marzo de 2007, núm. 71.

de los hombres para ejercer su trabajo a tiempo parcial son no poder encontrar trabajo de jornada completa (58,6%) y seguir cursos de enseñanza o formación (13,0%).

Con el fin de poner un ejemplo a todo lo mencionado podemos traer a colación la STC número 168/2020, de 16 de noviembre de 2020. En la misma se trabaja el caso de una médico que solicita la reducción de jornada por cuidado de hijo. La demandante alega que al solicitar la reducción de jornada se vulnera el artículo 14 CE ya que por un mismo trabajo las trabajadoras con jornada reducida obtenían un menor tiempo de descanso retribuido. En este caso, el tribunal estima la demanda de amparo y declara vulnerado el derecho de la recurrente a la igualdad ante la ley y no discriminación indirecta por razón del sexo, ya que la diferencia de trato no obedecía a una justificación objetiva y razonable.

Dicha sentencia emplea los fundamentos jurídicos de la STC 79/2020, de 31 de julio de 2020. Se trata de hechos similares. El tribunal alegó lo que ya hemos observado de otras resoluciones: *“Tal tipo de discriminación comprende no solo el tratamiento peyorativo que se funda en la pura y simple constatación del sexo de la persona afectada, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo o la maternidad. No obstante, esta protección constitucional vinculada a factores diferenciales que inciden en las mujeres no se detiene en el embarazo y subsiguiente maternidad, sino que se extiende también al ejercicio por la trabajadora de los derechos asociados a la maternidad. Tales derechos, aunque son reconocidos por el ordenamiento jurídico indistintamente al hombre y a la mujer con el objeto de estimular cambios en la cultura familiar y promover el reparto de responsabilidades, sirven principalmente para compensar las dificultades y desventajas que agravan la posición de la mujer trabajadora. En efecto, se trata de derechos que inciden de modo singular en las mujeres, al ser las que principalmente asumen el cuidado de los hijos de corta edad y sufren, por ello, mayores dificultades para su inserción laboral y su mantenimiento en el mercado de trabajo”*.³⁹

Además, la resolución apunta que estamos ante una discriminación indirecta por razón del género. Como bien sabemos se trata de *“aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones facticas que se dan entre*

³⁹ STC N° 79/2020, de 31 de julio.

trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo".⁴⁰ Se basa en afirmar en que, aunque el ejercicio del derecho asociado con la maternidad, como es el derecho a la reducción de jornada para el cuidado de hijos es formalmente neutro, ha perjudicado a un mayor número de mujeres que de hombres (STC 91/2019), ya que esta demanda de amparo forma parte de una serie de recursos en que todas las recurrentes, en el momento en que se dicta sentencia, son mujeres. Por lo que, al igual que en la resolución anterior, a falta de una justificación objetiva que la legitime, se estima la vulneración del derecho de igualdad del artículo 14 CE.

2.3 Discriminación por estado civil

Para finalizar las tres discriminaciones que abarca el artículo 3 de la Ley 3/2007 de 22 de marzo y con el fin de esclarecer que las discriminaciones hacia las mujeres en el ámbito laboral no se reducen únicamente a las causas de embarazo y asunción de obligaciones familiares, aportamos una breve pincelada sobre la cuestión relativa a la discriminación de las mujeres por razón de su estado civil.

Este punto radica en torno a una de las sentencias que considero más esclarecedora para abordar el tema : la STS número 130/2022 de 9 de febrero de 2022.

La misma resolución nos aporta la base de este tipo de discriminación, ésta apunta que *“históricamente, el matrimonio de la mujer se ha asociado al surgimiento de responsabilidades y cargas familiares. Es decir, el papel que ha venido desempeñando la mayoría de la población femenina en su núcleo convivencial le ha reportado una sobrecarga de tareas ("doble jornada"), al ser ella quien asumía mayoritaria y preferentemente la llevanza del hogar, la crianza de la prole y la atención a los mayores”*.⁴¹

En esta sentencia, el TC establece como doctrina la nulidad del despido de la trabajadora demandante, por ser la base del mismo la comunicación de su matrimonio. Considerando de

⁴⁰ STC N° 79/2020, de 31 de julio.

⁴¹ STS N° 130/2022 , de 9 de febrero.

esta forma que existe una discriminación hacia la mujer y que supone una represalia sobre quien ejerce su derecho a elegir libremente su estado civil. Por lo que en este caso el despido es nulo por la discriminación en base al art. 14 CE.

Para fundamentar dicho fallo, el tribunal se basa en los argumentos que expongo a continuación.

En primer lugar, establece que, pese a que el artículo 14 de la carta magna no aluda al estado civil como una de las causas del trato discriminatorio, la fórmula abierta del final de dicho artículo que establece “*o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”⁴² no lo excluye.

Del mismo modo apunta que, la elección del estado civil no es sino un aspecto que se encuentra inherente al artículo 10.1 CE relativo a la dignidad y libertad de las personas, por lo que no puede existir ningún tipo de discriminación ni trato diferenciado por ello. Asimismo, la doctrina del TEDH establece que el estado civil de las personas debe considerarse una de las causas personales por las que no cabe tratamiento peyorativo.

Por lo que, finalmente establece que el matrimonio de la mujer no puede suponer para ella una consecuencia tan negativa como es el despido. Apunta que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 11 lo esclarece : “*Prohibir, bajo pena de sanciones, (...) la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil*”.

Además, añade que la jurisprudencia del TC ha subrayado que una variación en el estado civil de la trabajadora no puede ser causa de un trato desfavorable, ni siquiera cuando ese cambio en el estado civil es opuesto al ideario de la empresa.

La sentencia hace referencia a la STC 7/1983 de 14 de febrero, relativa a la suspensión para las trabajadoras de la Compañía Telefónica Nacional de España que contraen matrimonio. La misma, en base a su doctrina, apunta: “*constituye una discriminación por razón del sexo,*

⁴² CE. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, art 14.

pues no se hace derivar idéntica consecuencia en relación con el personal masculino de la misma empresa que contrajera matrimonio (...)”.

2.4 ¿Discriminación en prestación por nacimiento y cuidado del menor en familia monoparental?

Otra cuestión que se está abordando por los tribunales en la actualidad y que guarda relación con el tema a tratar es la prestación por nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales. Este tipo de familias, como sabemos, están formadas por un único progenitor.

El objeto de esta prestación, en base a lo establecido por la Seguridad Social, no es sino compensar la disminución o falta de ingresos que supone para la persona trabajadora la suspensión de su contrato de trabajo por el nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar.

La duda a resolver en el presente punto radica en torno al debate existente sobre la procedencia de reconocer a la persona progenitora de la familia monoparental la prestación que corresponde a la otra persona progenitora, que en este tipo de familias no existe. Ciertas resoluciones de algunos Tribunales Superiores de Justicia reconocían adicionar ambas prestaciones, mientras que otros no lo consideraban de tal forma. La resolución que ha acabado dando respuesta a la cuestión es la reciente STS 169/2023, de 2 de marzo.

El punto principal de la resolución, en relación con el tema tratado en el presente escrito radica en torno a que en la la sentencia del TSJ del País Vasco que se recurre para llegar a la actual, se estima el recurso de la actora, teniendo en cuenta el interés superior del menor y argumentando que el artículo 48 ET introduce un elemento de discriminación respecto a la mujer, ya que, según los datos aportados por el INE, la mayor parte de estas familias estan constiutidas por mujeres, perjudicando de esta forma a la mujer indirectamente.

El Ministerio Fiscal recurrió la resolución argumentando que no se produce una discriminación indirecta por razon del sexo por el hecho de que existan más familias

monoparentales que están constituidas por mujeres que por hombres ya que el término para comparar sería con las familiares biparentales que, en su mayoría, se encuentran integradas por hombres y mujeres.

El TS da respuesta a tal cuestión estableciendo que la normativa existente tiene como base el principio de igualdad entre hombres y mujeres, teniendo como finalidad el logro de la corresponsabilidad entre ambos progenitores del cuidado del menor. Por ello, no hay sino que evitar que el ejercicio de los derechos de conciliación y protección del menor que dicha normativa otorga a ambos progenitores, perpetúe los roles de género, asumiendo la mujer toda responsabilidad respecto al cuidado del menor. Papel que no se corresponde con la actual situación social y mucho menos con el mencionado principio de igualdad.

Por lo que, finalmente el tribunal estimó el recurso del mismo, anulando la sentencia del TSJ. Argumentó, además, que proporcionar ambas prestaciones a una mujer y de esta forma cambiar el derecho existente, modificando de esta forma el régimen de la Seguridad Social, no estaba en manos de jueces y tribunales, sino que queda en manos del legislador. Añade que, este reconocimiento a una única progenitora de esta prestación que hubiera correspondido al otro progenitor en los supuestos en los que a la misma ya se le ha reconocido su prestación, no resulta una exigencia derivada ni de la CE, ni de la normativa europea, ni de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, por lo que, la normativa existente cumple con las exigencias derivadas de la misma normativa.

Pese a la decisión del TS, se está a la espera de que el TJUE se posicione respecto a esta cuestión, ya que el Auto 330/2022 del Juzgado de lo Social de Sevilla de 28 de septiembre de 2022 le plantea al tribunal la cuestión actual: si es posible que a la mujer que forma la familia monoparental se le otorgue la prestación que correspondería al otro progenitor en caso de existir.

3. GARANTÍAS

3.1 Recurso de amparo

Como hemos podido observar en numerosas de las resoluciones aportadas, en estos supuestos de discriminación las trabajadoras acuden a la figura del recurso de amparo con el fin de

protegerse frente a la vulneración del art. 14 CE, ya que, muchas de las decisiones que toman las empresas contra las trabajadoras, ya sea por embarazo, asunción de obligaciones familiares o estado civil, tienen como base la vulneración de dicho artículo que guarda un derecho fundamental.

- *Definición*

Como ya sabemos, el recurso de amparo es una de las competencias que se le atribuye en la Constitución (art. 53.2) al TC, cuyo objeto es la protección frente a las vulneraciones de los derechos y libertades que se reconocen a todos los ciudadanos en los artículos 14 a 29 y 30.2 del mismo cuerpo legal. El mencionado artículo establece: *“Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”*.⁴³

En función del origen del acto que ha vulnerado los derechos fundamentales, el TC establece que existen tres clasificaciones al recurso: contra decisiones parlamentarias (art. 42 LOTC), contra decisiones gubernativas y administrativas (art. 43 LOTC) y, finalmente, la que nos interesa, el recurso de amparo contra decisiones judiciales (art. 44 LOTC).

Hablamos de recurso de amparo contra decisiones judiciales ya que, en la mayoría de los supuestos, se acude a esta figura por el despido de una trabajadora, ya sea porque la misma estaba embarazada, por la asunción de sus obligaciones familiares o por su estado civil, vulnerando de esta forma el artículo 14 CE, y en los casos en los que los tribunales ordinarios no han observado ninguna vulneración de dicho derecho fundamental.

⁴³ CE. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, art 53.

- *Requisitos previos*

El TC, en su documento relativo al recurso de amparo, denominado “26 cuestiones básicas sobre el recurso de amparo constitucional” establece *que para la interposición de un recurso de amparo es necesario que:*

- *se haya lesionado un derecho fundamental o una libertad pública,*
- *que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos en el ordenamiento jurídico para obtener su restablecimiento*
- *que se haya invocado la vulneración del derecho fundamental o libertad pública tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.*

Por tanto, será necesario que se haya invocado con anterioridad a la interposición del recurso de amparo la lesión del derecho o de la libertad. Además, la trabajadora ha tenido que agotar todos los recursos, ya que, de lo contrario, el amparo no se va a admitir por considerarse “prematureo”.

- *Legitimación*

¿Quién puede interponer este recurso? La legitimación la tiene quien es titular del derecho fundamental o de la libertad pública, es decir, la persona afectada por la violación del derecho fundamental. En los casos trabajados: la trabajadora.

El artículo 162.1.b) CE establece que *están legitimados: para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo.*

- *Procedimiento*

Con anterioridad a la presentación de este recurso ante el TC se prevé la interposición de los recursos previstos en el ordenamiento ante la jurisdicción ordinaria. Por lo que, como hemos dicho, la tutela de estos derechos fundamentales por este tribunal es subsidiaria.

La interposición de este recurso debe realizarse mediante la correspondiente demanda, necesariamente interpuesta, como establece el artículo 81 LOTC, por un Abogado, ejerciente de cualquier Colegio de Abogados, y Procurador. La misma debe constar de la exposición de hechos en los que se fundamente de manera clara y precisa los hechos que dan lugar a la misma, de los derechos y libertades vulnerados, de la solicitud de amparo y la identificación del acto impugnado.

Este recurso debe presentarse en un plazo improrrogable de 30 días a contar desde el día siguiente al de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial previo.

Finalmente, el Tribunal dictará sentencia para resolver el recurso. Puede finalizar de dos formas:

- Denegación del amparo.
- Otorgamiento del amparo.

En este último caso pueden darse diversos pronunciamientos. Entre los que se encuentran:

- La declaración de nulidad de la resolución.
- El reconocimiento del derecho.
- El restablecimiento o conservación del recurrente del derecho infringido.

3.2 Garantía de indemnidad

Además del recurso de amparo, en este ámbito y estos supuestos podemos encontrarnos con esta figura. “*La garantía de indemnidad es una figura de origen genuinamente laboral, construida con el objeto de evitar represalias contra el trabajador que reclama contra su empresa*”.⁴⁴ Esto es, estamos ante un derecho de las trabajadoras, se trata de una protección que establece la ley ante las represalias empresariales cuando las trabajadoras reclaman sus derechos. Este derecho no viene estipulado en el ET, sino que, se trata de una construcción de la jurisprudencia derivada del artículo 24 CE, relativo a la tutela judicial efectiva.

⁴⁴ FOLGOSO OLMO, Antonio: *La garantía de indemnidad*, Boletín Oficial del Estado, 2021.

Al tratarse de una construcción jurisprudencial debemos saber el origen de la misma. Lo encontramos en la STC 7/1993, de 18 de enero. En la misma se esclarece que *“desde esta perspectiva, represaliar a un trabajador con el despido por haber intentado el ejercicio de la acción judicial, representa una conducta vulneradora de la tutela judicial efectiva que habrá de ser sancionada por los Tribunales con la nulidad radical de tal medida”*.⁴⁵

Pese a no venir estipulado en el ET, encontramos menciones legislativas, que sin establecer explícitamente que nos encontramos ante la garantía de indemnidad, implícitamente sobreentendemos que estamos ante tal supuesto.

Por un lado, el artículo 17 ET declara que: *“Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”*.⁴⁶

Del mismo modo, acudimos a la Ley 3/2007, la cual en su artículo 9 trata el presente tema. El mismo, denominado *“indemnidad frente a represalias”*, dice: *“También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres”*.⁴⁷ Además, el artículo 10 de la misma ley establece *“los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como,*

⁴⁵ STC N° 7/1993, de 18 de enero.

⁴⁶ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, núm. 255, art 17.

⁴⁷ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Boletín Oficial del Estado, 23 de marzo de 2007, núm. 71, art 9.

*en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”.*⁴⁸

Por lo que todos los actos de la empresa que tengan un fin discriminatorio frente a la queja o reclamación de la trabajadora, serán nulos.

Por último, el ya mencionado Convenio 158 de la OIT, en su artículo 5 c) establece: “*Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes*”.

4. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto podemos extraer las conclusiones que siguen.

La primera de las conclusiones y como base de todo lo que continúa, hemos observado que el artículo 14 CE consagra el principio de igualdad por un lado y el principio de no discriminación por otro. Dentro de este último existen dos tipos de discriminaciones: discriminación directa por razón del género, donde podemos encuadrar tanto la discriminación directa abierta como la discriminación directa encubierta u oculta y la discriminación indirecta por razón del género. Así mismo, se ha podido ver que se ha evolucionado en la presente materia existiendo numerosa legislación internacional, europea, estatal y autonómica al respecto así como numerosas resoluciones judiciales tanto del TJUE, TEDH y TC que dan respuesta y solución a los problemas planteados.

La segunda de las conclusiones, el eje central del trabajo ha radicado en torno al artículo 3 de la Ley 3/2007 que expone los 3 tipos de discriminaciones abordadas.

⁴⁸ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Boletín Oficial del Estado, 23 de marzo de 2007, núm. 71, art 10.

- En primer lugar, la relativa a la discriminación por maternidad, donde se ha podido observar que han existido numerosas incógnitas a lo largo del tiempo en lo relativo a la comunicación y conocimiento del empresario a cerca de la maternidad de la trabajadora, en cuanto a la carga de prueba del despido de la trabajadora embarazada, así como la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora embarazada durante el periodo de prueba.
- En segundo lugar la discriminación relativa a la asunción de obligaciones familiares, que en base a lo expuesto generalmente son desempeñadas por mujeres y ello nos lleva, en numerosas ocasiones, a la vulneración del artículo 14 CE.
- En tercer lugar, la discriminación por estado civil, con la que ocurre lo mismo que con la anterior.
- Finalmente, un tema actual no es sino si existe discriminación en las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales, concluimos que no existe discriminación y que únicamente la mujer asuma el ejercicio de los derechos de conciliación y protección del menor que la ley otorga a ambos progenitores no hace sino perpetuar los roles de género consiguiendo de esta forma una discriminación que, a lo largo de todo el trabajo, hemos expuesto que se debe erradicar en su plenitud.

Finalmente, la última de las conclusiones radica en torno a las garantías que tienen las trabajadoras en estos supuestos. Por un lado, contamos con el recurso de amparo, ya que, como se ha observado de muchas resoluciones extraemos la vulneración de un derecho fundamental, expuesto en el artículo 14 CE. Así mismo, las trabajadoras cuentan con la garantía de indemnidad, que pese a no aparecer expresamente en el ET, es un derecho con el que cuentan las trabajadoras que lo que pretende no es sino evitar las represalias que pueda tener para la trabajadora reclamar sus derechos.

Por lo que, finalmente expongo en base a mi opinión personal que la desigualdad entre hombres y mujeres en el marco laboral, y en general social, ha estado latente a lo largo de toda la historia y es un problema que, como hemos podido observar, a pesar de los significativos avances llevados a cabo en este ámbito, a día de hoy no se ha conseguido erradicar en su plenitud y las numerosas diferencias y acciones discriminatorias continúan

presentes. Sigue existiendo discriminación tanto en el acceso al empleo, en el ocupación del mismo y en la retribución por el mismo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OBRAS DOCTRINALES

- BALAGUER CALLEJÓN, Maria Luisa: *Igualdad y Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2010.
- CATERINA LA BARBERA, Maria ; CRUELLS LÓPEZ Marta : *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2016.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Maria Fernanda: *La tutela laboral frente a la discriminación por razón del género*, La Ley, Madrid, 2008.
- FOLGOSO OLMO, Antonio: *La garantía de indemnidad*, Boletín Oficial del Estado, 2021.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel: *Esquemas sobre igualdad y no discriminación por razón del género*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MARTINEZ GALINDO, Gemma: “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, páginas 835-888, 2022.
- MARTIN HERNANDEZ, Maria Luisa: “Recurso de amparo. Prohibición de discriminación por razón de sexo (embarazo) en el seno de la relación laboral. Comentario a la STC 182/2005, de 4 julio (RTC 2005, 182)”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, 2005.
- MARTIN SIERRA, José Manuel ; FERRER MARTIN DE VIDALES, Covadonga : “La Igualdad ante la ley en la doctrina del TJUE”, Estudios de Deusto (211-245), 2017.

- MOLINA NAVARRETE, Cristobal: *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*, La Ley, Madrid, 2020.
- NOGEIRA GUASTAVINO, Magdalena: “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”, Dialnet Unirioja, 2012.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro: *Igualdad Tributaria y Tutela Constitucional. Un estudio de jurisprudencia*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- RODRIGUEZ ESCANCIANO, Susana: “Reducción de jornada por cuidado de hijo y discriminación indirecta por razón de sexo: cálculo del descanso (retribuido como trabajo efectivo) tras la realización de guardias médicas”, Revista de Jurisprudencia Laboral, Boletín Oficial del Estado, 2021.

LEGISLACIÓN

- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.
- Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Boletín Oficial del Estado, 23 de marzo de 2007, núm. 71.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, núm. 255.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Roma en 1957. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 83, 30 de marzo de 2010

- Unión Europea. Directiva (UE) 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. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 204, de 26 de julio de 2006, páginas 23 a 36.

JURISPRUDENCIA

- AJSO de 28 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:TC:1993:7)
- STEDH de 25 de mayo de 1971 (ECLI:EU:C:1971:55)
- STC de 2 de julio de 1981 (ECLI:ES:TC:1981:22)
- STC de 23 de noviembre de 1981 (ECLI:ES:TC:1981:38)
- STC de 14 de febrero de 1983 (ECLI:ES:TC:1983:7)
- STJUE de 13 de mayo de 1986 (ECLI:EU:C:1986:204)
- STC de 1 de julio de 1991 (ECLI:ES:TC:1991:145)
- STC de 14 de diciembre de 1992 (ECLI:ES:TC:1992:229)
- STC de 18 de enero de 1993 (ECLI:ES:TC:1993:7)
- STC de 16 de octubre de 1995 (ECLI:ES:TC:1995:147)
- STC de 6 de mayo de 1997 (ECLI:ES:TC:1997:90)
- STC de 31 de julio de 2000 (ECLI:ES:TC:2020:79)
- STC de 18 de diciembre de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:308)

- STC de 4 de octubre de 2001 (ECLI:ES:TC:2001:200)
- STJUE de 4 de octubre de 2001 (ECLI:EU:C:2001:267)
- STC de 22 de octubre de 2001 (ECLI:ES:TC:2001:207)
- STC de 25 de febrero de 2002 (ECLI:ES:TC:2002:41)
- STC de 4 de octubre de 2004 (ECLI:ES:TC:2004:161)
- STC de 22 de diciembre de 2004 (ECLI:ES:TC:2004:253)
- STC de 4 de julio de 2005 (ECLI:ES:TC:2005:185)
- STC de 21 de julio de 2008 (ECLI:ES:TC:2008:92)
- STC de 28 de mayo de 2009 (ECLI:ES:TC:2009:124)
- STC de 14 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TC:2011:26)
- STC de 19 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TC:2011:75)
- STJUE de 28 de febrero de 2013 (ECLI:EU:C:2013:122)
- STC de 10 de octubre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:173)
- STC de 3 de julio de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:91)
- STC de 31 de julio de 2020 (ECLI:ES:TC:2020:79)
- STC de 16 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TC:2020:168)
- STS de 9 de febrero de 2022 (ES:TS:2022:385)

- STS de 2 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TC:1993:7)