



TRABAJO DE FIN DE GRADO

Discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral:
Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional

Labor discrimination on the grounds of gender:
Constitutional Court case law

Autor: Dña. Ana Lores Caparrós

Director: D. Juan Escribano Gutiérrez

Grado en Derecho

Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE ALMERÍA
Almería, diciembre de 2019

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	p. 1
II.	ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	p. 2
	1. Discriminación salarial.....	p. 4
	2. Igualdad de trato en materia de la seguridad social.....	p. 14
	2.1 Pensión de viudedad.....	p. 14
	2.2 Pensión de jubilación y periodos de cotización en la	
	Seguridad Social.....	p. 17
	3. Igualdad en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo.....	p. 22
	3.1 Acceso al empleo.....	p. 22
	3.2 Condiciones de trabajo.....	p. 24
	A) Varón discriminado.....	p. 25
	B) Estado de gestación.....	p. 28
	C) Exigencia de una determinada apariencia física.....	p. 30
	4. Despido y extinción del contrato de trabajo.....	p. 31
	4.1 Estado de gestación.....	p. 31
	4.2 Factor esfuerzo físico.....	p. 36
	5. Conciliación de la vida laboral y familiar.....	p. 37
III.	REFLEXIONES FINALES.....	p. 43
IV.	BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA.....	p. 45



Resumen: En el presente trabajo abordamos de forma ordenada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo referente a la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral, estudiando su evolución dentro de las diferentes materias objeto de análisis.

Abstract: This paper exams orderly the Constitutional Court's case law in terms of labor discrimination on the grounds of gender, studying the Court's judgement in the different areas inside this matter.

I. INTRODUCCIÓN

La incorporación de la mujer al mundo laboral, lejos de erradicar la desigualdad laboral de género, ha dado lugar a infinidad de casos de discriminación por razón de sexo en este ámbito. Por ello, el presente trabajo tiene como objeto el análisis sobre la evolución de dicha discriminación en base a la regulación de nuestra norma suprema: la Constitución Española de 1978. Esta, recoge la igualdad en tres preceptos diferentes: la igualdad como valor, en su artículo 1.1; como principio, en su artículo 9.2; y como un derecho fundamental, en su artículo 14.

El Tribunal Constitucional¹ es el máximo intérprete de la norma suprema, así como el órgano competente para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad y recursos de amparo por violación de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a la igualdad. En base a lo expuesto, hemos elegido su jurisprudencia como base de este trabajo.

En cuanto al análisis de dicha jurisprudencia, se va a desarrollar de la siguiente forma: con motivo de la gran variedad de jurisprudencia al respecto, hemos procedido a hacer una selección de las sentencias que, a nuestro parecer, consideramos que marcan un precedente con respecto al futuro de la cuestión. Así, hemos clasificado por las materias recogidas en el índice dichas sentencias, ya que dentro del ámbito laboral nos hemos topado con casos de discriminación por razón de sexo en diferentes vertientes, que merecen una mención clasificada dentro de un contexto más específico. Siguiendo este guion, dentro de cada materia, valoraremos su evolución haciendo especial referencia a las sentencias más significativas, así como también mencionaremos las novedades aportadas por las mismas, no sin dejar de referirnos a la coherencia (o

¹ A continuación, mencionado con la abreviatura TC.



incoherencia) de la línea jurisprudencial seguida en los pronunciamientos del TC.

Debemos tener en cuenta que la igualdad supone un concepto de gran complejidad, para la cual, a la hora de llevar a cabo un análisis adecuado se debe hacer el uso de ciertas valoraciones de carácter complejo, y quizá debatibles, de modo que en la interpretación jurisprudencial que proponemos intentamos ceñirnos a las declaraciones del TC pero sin que suponga una simple reproducción de sus palabras, sino más bien una interpretación propuesta dentro de la fidelidad a lo dicho por el propio Tribunal.

Concluiremos el trabajo con unas reflexiones finales, a modo de conclusión, en las que procederemos a analizar los conceptos e ideas alcanzadas tras el proceso de investigación y análisis.

Por último, lo cerramos con una breve referencia bibliográfica, que será representada en gran medida por la propia jurisprudencia del TC, al constituir la fuente principal de investigación del presente trabajo.

II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Con anterioridad al año 1987, ciertos autores afirman encontrar una primera etapa jurisprudencial más rígida², bajo el modelo de dependencia o subordinación, en la que el trabajo desempeñado por la mujer se consideraba accesorio, adoptando una visión paternalista al respecto y, en consecuencia, remunerado de forma inferior. La mujer se vinculaba con las tareas domésticas, creando normas protectoras motivadas a que esta atendiera a la familia. El varón era considerado como el único cabeza de familia. Por ello, el siguiente análisis va a situarse en el contexto de lo que podemos denominar la segunda etapa jurisprudencial, en la que encontramos unos pronunciamientos menos formalistas y más acordes con la sociedad actual, comenzando a partir del 1987.

Como ejemplo de este contraste con la primera etapa, podemos mencionar las “cláusulas de celibato”, siendo estas las normas que suspendían el contrato laboral de las trabajadoras cuando estas contraían matrimonio, como en el caso de Telefónica, en

² RUIZ MIGUEL, A. (1996) “*La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. p. 56



la STC 7/1983, de 14 de febrero³, que fue declarada inconstitucional por el Tribunal debido a su carácter discriminatorio, al producir diferentes consecuencias con respecto al género masculino. Podemos situarla dentro de la jurisprudencia “equiparadora”⁴ de nuestro TC, reparando en este caso la discriminación directa existente, debido a la diferencia aplicada según el sexo.

Aun así, no puede considerarse tajantemente esta división de etapas en la jurisprudencia, ya que hemos podido apreciar ciertos rasgos más rígidos a partir de 1987, propios de la primera etapa, de la misma forma que marcas más formalistas en la etapa inicial. Como muestra de ello, podemos mencionar la STC 241/1988, de 19 de diciembre⁵, perteneciente a la segunda etapa.

En la STC 317/1994, de 28 de noviembre, el TC desestima el recurso de amparo interpuesto por una trabajadora cuya pretensión se basaba en la negativa aplicación de la normativa que le concedía una indemnización con motivo de la ruptura de su contrato laboral, en base a su matrimonio. El Tribunal afirma que dicha norma (perteneciente al período preconstitucional) estaba orientada a “liberar a la mujer casada” del trabajo, resultando así más sencillo el regreso al hogar de la misma mediante disposiciones que “desincentivaban” la conservación del puesto de trabajo al contraer matrimonio.⁶ Como bien incluye la sentencia en su fundamento jurídico tercero, dicha disposición debía considerarse discriminatoria en base a los valores constitucionales, a pesar de que en otra época hubiera podido ser considerada aparentemente protectora.⁷ (FJ 3)

Además, como afirma BUSTOS BOTTAI, la citada sentencia es relevante ya que “fija dos criterios para distinguir las normas y medidas falsamente protectoras de las

³ Se pronuncian de forma similar las STC 13/1983, 86/1983, 34/1984 y 59/1993.

⁴ LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M. (2007) *“La igualdad real y efectiva desde la perspectiva del género en la jurisprudencia...”* p. 181-194

⁵ Se reconoce a la demandante el derecho a reingresar en su trabajo a pesar de no haber alcanzado la condición de cabeza de familia tras la excedencia de matrimonio, ya que el empleador de la susodicha (el Consejo General del Consejo de Médicos) exigía dicha condición tras la excedencia forzosa en cuestión, en base a la ley de 19 de junio de 1971, de protección de familias numerosas, la cual concedía la titularidad de cabeza de familia exclusivamente al padre, y sólo en su defecto, a la madre.

⁶ BUSTOS BOTTAI, R. (2007) *“Discriminación por razón de sexo y acciones positivas...”* pp. 127-147.

⁷ STC 317/1994, de 28 de noviembre; FJ 3



constitucionalmente legítimas:

- Que la medida en cuestión no sea contraria al principio de igualdad de trato,
- Que no haya perdido su razón de ser. Es decir, que no tienda a perpetuar estereotipos o patrones culturales ya superados”⁸ (FJ 2)

A continuación, tras situarnos en el contexto del análisis que procedemos a llevar a cabo, comenzamos el desarrollo de la valoración de dicha jurisprudencia dentro de cada materia. Preciso es señalar que dichas materias, en las cuales hemos decidido dividir nuestro trabajo, emanan del extenso recorrido y estudio llevado a cabo en la jurisprudencia del TC sobre discriminación por razón de sexo, que hemos considerado preciso clasificar por contenido con el fin de alcanzar unas conclusiones más precisas.

1. Discriminación salarial

En nuestro trabajo, hemos apreciado que en materia de discriminación salarial han sido creados los conceptos y fundamentos con mayor trascendencia sobre la cuestión de discriminación por razón de sexo en el TC, representando así la mayor parte de los argumentos citados en futuros casos como base de apoyo para la toma de decisiones.

En concreto, es preciso mencionar la sentencia pionera en cuanto a discriminación salarial, en la cual debemos ahondar un poco más: la STC 128/1987, de 16 de julio. Esta decisión supone un precedente cuya huella marca la gran mayoría de sentencias posteriores. Según diferentes autores (Rodríguez-Piñero, Fernández López y Rey Martínez) supone la ruptura entre dos épocas que hemos mencionado previamente, al incorporar la distinción entre las medidas de acción positiva para la mujer, con las medidas paternalistas o falsamente protectoras. Concretamente, la sentencia desestima el recurso de amparo de un trabajador varón, por entender que era discriminatorio el régimen de un complemento retributivo en concepto de guardería que venía concediendo la empresa “Insalud”, en la que trabajaba el susodicho, ya que como sujetos legitimados para obtener dicha prestación se incluían a: mujeres, independientemente de su estado civil, así como a viudos con hijos.

⁸ BUSTOS BOTTAI, R. (2007) “*Discriminación por razón de sexo y acciones positivas...*” pp. 127-147.



Afirma RUIZ CASTILLO que “Este fallo, desencadena un efecto perverso sobre las mujeres, dado que en el caso de los casados con hijos se da por sentado que las mujeres se encargarán de los hijos, si bien pueden no percibir complemento alguno si trabajan en otra empresa. En este caso, la justificación de las diferencias retributivas no será otra que la de libertad de empresa – porque no será, o no debería serlo, el atavismo tradicional de las mujeres a las obligaciones domésticas- llevada al terreno de la empresa pública que, con claridad, hace ceder el derecho a la igualdad entre casados y viudos, hombres, con hijos ambos.”⁹

Por su parte, REY MARTINEZ define este fallo como el “*leading case*”¹⁰, ya que supone un punto de inflexión en la jurisprudencia del TC, al constituir “el abandono del enfoque exclusivamente formal y neutro del TC, conectando la problemática de la discriminación por sexo con la situación histórica de marginación de la mujer, posibilitando así el examen crítico de las regulaciones laborales aparentemente “protectoras”, pero que, en realidad, dificultaban o incluso impedían el acceso y la promoción en el empleo de las mujeres. (...) De modo que la tendencia en este periodo (que llega hasta el momento actual) es distinguir el principio de igualdad en el contenido de la norma (art. 14a CE) del mandato de no discriminación (art. 14b CE)”¹¹ (1995; 9-10)

En este caso, a pesar de inadmitir el TC una “división sexista de los roles en el ámbito de la familia, asume la tradición cultural existente que lleva en la práctica a que la mujer deba preferentemente cumplir con los deberes familiares.”¹² (Bustos Bottai, 2007)

El Tribunal asume que dicha discriminación se ha intentado paliar en el orden laboral con numerosas medidas de finalidad protectora, en base a lo cual decide hacer

⁹ RUIZ CASTILLO, M. (2008) “*Mujeres, trabajos y empleos en tiempos de globalización.*” p. 133

¹⁰ El “caso líder” supone el inicio de una tendencia, que puede no resultar de relevancia para el sistema jurídico en su totalidad, aunque sí destacar en una materia en concreto.

¹¹ REY MARTÍNEZ, F. (1995) “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo” p. 9-10.

¹² BUSTOS BOTTAI, R. (2007) “*Discriminación por razón de sexo y acciones positivas...*” p. 140



precisa la distinción entre dos tipos de medidas, cuya mención hemos observado en la gran mayoría de sentencias futuras en la materia:

En primer lugar, las medidas paternalistas o falsamente protectoras, denominadas de esta forma ya que dan lugar a la perpetuación y reproducción práctica la posición de inferioridad social del género femenino¹³ (FJ 6). Como indica BUSTOS BOTTAI, estas medidas “falsamente protectoras” engloban situaciones “en las que se realizan acciones que, o bien se fundan en estereotipos sobre los roles sociales para compatibilizar su trabajo extra doméstico con su deber de cuidar a los hijos y preocuparse del hogar familiar, o bien buscan supuestamente proteger a la mujer por ser más débil físicamente. Por lo tanto, aunque aparentemente su objetivo sería el de favorecer a las mujeres en el fondo interpretan los mismos valores que han relegado a la población femenina a una condición de inferioridad social”¹⁴. ANDRÉS OLLERO, a su vez, admite que el género femenino, en esta situación de discriminación, puede verse afectado principalmente por una supuesta protección que las considere un género con especiales necesidades de tutela, creando así una mayor dependencia “que se reproduce sin fin”, y esta desventaja de las ciudadanas, como género discriminado, puede derivar precisamente de que se las encasille, con intención presuntamente “protectora”, como seres necesitados de tutela; esto no hará sino perpetuar, en círculo vicioso, su situación de dependencia”¹⁵. (1998; 613)

En segundo lugar, las medidas de acción positiva, que promueven la igualdad siendo auténticamente remediadoras, legítimas y potenciadoras de la efectividad de los valores constitucionales de justicia e igualdad con intención de remediar la “situación de inferioridad de las mujeres”¹⁶. TERESA PEREZ DEL RIO indica que “la acción positiva, nacida históricamente en la década de los cincuenta y consolidada en los sesenta en los Estados Unidos de América, consiste en la adopción de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres”¹⁷ Por su parte, el TC indica que “Determinados grupos sociales

¹³ Sentencia 128/1987, de 16 de julio; FJ 6

¹⁴ BUSTOS BOTTAI, R. (2007) “*Discriminación por razón de sexo y acciones positivas...*” pp. 127-147.

¹⁵ OLLERO, A. (1998) “*Discriminación por razón de sexo.*” p. 613

¹⁶ Sentencia 128/1987, de 16 de julio; FJ 7

¹⁷ PEREZ DEL RIO, T. (2007) “*Igualdad entre hombres y mujeres, transversalidad de género y acción*



definidos, entre otras características, por el sexo (y cabe afirmar ahora, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellas un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas”¹⁸ (FJ 7 y 8).

En base a lo expuesto, afirma el TC que dicho tipo de desigualdad no incumple y es conforme con el principio de igualdad que dicta nuestra Constitución, en sus arts. 1.1, 9.2 y 14, aunque no sin precisar “una debida revisión periódica comprobando la evolución de dicha discriminación.”¹⁹

La incorporación conceptual de “acción positiva”, cuenta con una importante repercusión en una gran variedad de casos futuros similares a este, como en las STC 19/1989, 109/1993 y 1968/1991, que comentaremos más adelante.

Con anterioridad a esta sentencia, debido a la ausencia de distinción entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación mencionada anteriormente, el TC venía limitándose a enjuiciar la razonabilidad de la medida diferenciadora en cuanto a la forma de tratar a mujeres y hombres.

Aun así, como indica REY MARTINEZ, entre las sentencias anteriores a la citada 128 de 1987, el Tribunal ya había sostenido ciertos argumentos sobre dichas medidas protectoras, como ocurre en la sentencia 38/1986, de 21 de marzo, que una regulación del descanso nocturno de *las* trabajadoras²⁰ les concedía un tiempo de descanso nocturno mínimo de doce horas era contraria al artículo 14 de la CE, al justificarse en “en una valoración proteccionista del trabajo de la mujer que no tiene vigencia en la sociedad actual y que no está demostrado que tenga como consecuencia su promoción real y efectiva”²¹

positiva en la LO 3/2007...” p. 4

¹⁸ *Íbidem.*

¹⁹ Sentencia 128/1987, de 16 de julio; FJ 7 y 8

²⁰ Concretamente, en el art. 2.º del decreto-ley de 15 de agosto de 1927

²¹ REY MARTÍNEZ, F. (2010). “Igualdad entre mujeres y hombres...” p. 29.



En el mismo sentido, la STC 28/1982, que comentaremos más adelante en nuestro trabajo de forma más extensa, sobre plus de transporte nocturno, excluyendo a varones de tal medida, tampoco es estimada por el TC.

Entre las sentencias posteriores basadas en la doctrina de la STC 128/1987, ya sea en supuestos de acciones positivas o diferentes formas de discriminación, encontramos diferentes sentencias que desarrollaremos a lo largo del trabajo, entre las que se incluyen: la STC 145/1991, sobre discriminación salarial, la STC 229/1992, sobre la negativa a la mujer al acceso al trabajo en las minas, la STC 58/1994, que declaraba inconstitucional por discriminatorio el establecimiento de un menor salario para mujeres (oficiales) frente al sector ocupado por hombres (profesionales de industria) y, entre otras, la STC 173/1994, que considera discriminatoria la no renovación del contrato temporal de una trabajadora en el Ministerio de Cultura por motivo de su estado de gestación.

En otro orden, debemos recordar que la discriminación directa, como recogen los “arts. 6.1 y 8 LOI, es el tratamiento jurídico diferenciado y «desfavorable» a una persona por razón de su sexo. En este tipo de discriminación el sexo se erige en el criterio de diferenciación utilizado por una norma o decisión unilateral del empleador de una manera perceptible y clara con un mero examen superficial y, salvo supuestos verdaderamente excepcionales en los que el sexo es condición básica de la tarea a desarrollar, se trata de una diferenciación terminantemente proscrita.”²² (Nogueira Gustavino, 2012)

No es sino a partir de 1991, cuando se incorpora la novedosa definición de “discriminación indirecta”, hecho que se lleva a cabo en el TC, antes de ser recogido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Esta indica en el artículo 6 que *“Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse*

²² NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2012) “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales...” p. 26



objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”²³.

Antes de su inclusión en dicha ley, el concepto surge en la STC 145/1991, de 1 de julio²⁴, formando así una base de apoyo para incontables sentencias posteriores²⁵, al declarar la existencia de discriminación, concretamente en materia salarial, cuando se vincula “directa o indirectamente al sexo de la persona”.

En esta sentencia el Tribunal indica que “La prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad. *Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación*²⁶, para incluir no sólo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales

²³ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo; Artículo 6

²⁴ Se trata del caso del hospital Gregorio Marañón, el cual, según el Tribunal, se lleva a cabo una doble discriminación a la hora de retribuir a sus empleadas: una discriminación directa según el principio de igual retribución por un trabajo de igual valor; así como una discriminación indirecta, siendo el sexo criterio de la valoración desigual de trabajos equivalentes teniendo en cuenta las condiciones de la prestación de servicios. En primer lugar, el hospital denominaba de forma diferente a las trabajadoras (limpiadoras) y los trabajadores (peones), creando dos grupos diferenciados por el desempeño de funciones análogas. En segundo lugar, llevaba a cabo una discriminación económica, debido a la existencia de una diferencia salarial entre ambos grupos justificada exclusivamente en el esfuerzo físico, el cual no es considerado por el Tribunal como criterio suficiente, además de no resultar específicamente tipificado y considerar que “ha producido consecuencias desiguales y perjudiciales para la mujer, dando más valor así injustificadamente a una cualidad predominantemente masculina, desconociéndose otras características del trabajo (atención, cuidado, asiduidad, responsabilidad, etc.) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos.

²⁵ STC 58/1994, 286/1994, 147/1995, 253/2004, 61/2013, 214/2006, 3/2007, entre otras

²⁶ *Cursiva propia.*



perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo.”²⁷ (FJ 2)

Desde esta declaración, deberá tener en cuenta el TC tanto las circunstancias aparentemente discriminatorias, como si de forma oculta, a pesar revestir una apariencia no discriminatoria, se encuentra una discriminación hacia un individuo que forme parte de un grupo tradicionalmente afectado por dicha discriminación.

De esta forma, mantiene su argumentación en la STC 58/1994, de 28 de febrero²⁸, así como en la STC 147/1995²⁹, entre otras. En ambas sentencias citadas, sobre discriminación salarial por razón de sexo, el criterio del Tribunal fue altamente apoyado en la comentada sentencia 145/1991. En ellas, se identifica como discriminación indirecta la diferencia retributiva entre trabajos que, aunque denominados de forma diferente, presentan un mismo valor dentro de la empresa. En estos casos destaca la inversión de la carga de la prueba, que corresponde al empleador. Se da el caso en ambos de que este no demuestra con suficiencia que los criterios tenidos en cuenta ante esta disparidad fueran basados en motivos diferentes al sexo de los trabajadores, siendo por ello el fallo resultado de la falta de neutralidad y objetividad a la hora de retribuir a sus trabajadores.

Con respecto a la STC 58/1994:

²⁷ 145/1991, de 1 de julio; FJ 2

²⁸ El Tribunal declara el derecho de las trabajadoras de la empresa de Antonio Puig, concretamente en el departamento de envase, empaquetado y acabado, a recibir la misma cantidad de salario base que los trabajadores varones de la misma sección, ya que venían percibiendo una retribución mensual inferior a pesar de las equivalentes tareas desempeñadas, e incluso en ciertos casos cargos superiores por parte de las mujeres.

²⁹ Veinticinco trabajadoras prestaban servicios en las secciones de envasado y control estadístico, donde trabajan exclusivamente mujeres. En la fábrica se encontraban otros tres departamentos: la de mezclas, la de desmoldeado y la de bombos de satinado, ocupados por hombres en su totalidad, que perciben un salario superior al de las trabajadoras de actividades complementarias. El Tribunal reconoce el derecho a las trabajadoras de no ser discriminadas por razón de sexo en materia salarial, por desempeño de situaciones análogas.



- a) En primer lugar, destaca el carácter discriminatorio de basarse en el único fundamento de “mayor esfuerzo físico” sin estar específicamente tipificado o justificado de forma suficiente, criterio que “formulado aisladamente, es sexista”.³⁰ Posteriormente, en la STC 250/2000³¹, decide sí admitir dicho factor de esfuerzo físico, previamente rechazado de forma rotunda por el TC, aunque no sin dar lugar a voto discrepante. A pesar de afirmar que “el criterio del mayor esfuerzo físico como valorativo a estos fines repugna al principio de no discriminación que reconoce y garantiza el art. 14 de la Constitución.”³² (FJ3), el Tribunal indica que “se dan en el caso actual las dos condiciones que la referida jurisprudencia de este TC ha establecido para que el factor esfuerzo, como factor diferencial en la valoración de puestos de trabajo, pese a su carácter en general sospechoso, pueda ser tenido en consideración a título excepcional; por lo que, como ya se dijo, y ha quedado razonado, es el marco de dicha excepción el adecuado al caso, lo que supone la negación de que se haya producido la discriminación por razón de sexo, sobre la que se basa el recurso, que debe, por ello, ser desestimado.”³³ (FJ 7)
- A diferencia de los casos anteriores, el Tribunal valora las tareas utilizando criterios de responsabilidad, concentración, cualificación y decide reconocer el factor esfuerzo físico, aunque no sin declarar el carácter sospechoso de dicho factor como único criterio de valoración retributiva.
- b) Por otro lado, indica LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS “que introdujo las reglas de la inversión de la carga de la prueba, y profundiza en el principio de «a igual valor del trabajo, igual remuneración»”³⁴ (2007; 193) incidiendo en que recae sobre el empleador la responsabilidad de probar que ha llevado a cabo unos criterios

³⁰ REY MARTÍNEZ, F. (2017) “*igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018*” p. 152.

³¹ Se cuestiona la existencia de discriminación retributiva en una empresa de manipulación y envasado de productos agrarios, que establece un mayor salario para la categoría de “cargadores y apiladores” que para las “marcadoras y encajadoras”.

³² STC 250/2000, de 30 de octubre; FJ 3

³³ *Ibidem*; FJ 7

³⁴ LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M. (2007) “*La igualdad real y efectiva desde la perspectiva del género en la jurisprudencia...*” p. 193



valorativos neutros para todos sus trabajadores, así como su posición neutra ante la perspectiva de igualdad en las condiciones de trabajo.

Como indica RUBIO CASTRO³⁵, “al empresario le incumbe en estos supuestos la carga de probar que su práctica salarial no perjudica sistemáticamente a la categoría salarialmente infravalorada, poniendo de manifiesto los criterios que determinan una mayor retribución al sector privilegiado; lo que exige, hacer que su sistema retributivo sea transparente”

Sin embargo, en la STC 286/1994, de 28 de noviembre,³⁶ rompiendo con lo establecido en las anteriores SSTC 145/1991 y 58/1994, y a pesar de invocar su doctrina y de su gran similitud con lo analizado en ellas, el TC identifica discriminación salarial, pero no discriminación indirecta. El TC considera que para asegurar la ausencia de discriminación salarial en el caso de secciones productivas segregadas ocupacionalmente y con diferentes salarios, el criterio debe estar fundado en la igualdad del valor de trabajo realizado. Sin embargo, decide no declarar la existencia de discriminación indirecta y tampoco tomar parte en la cuestión pendiente en este caso: la división sexista del trabajo³⁷. El pronunciamiento sobre dicha división, bajo el manto de la discriminación indirecta, probablemente era el punto clave para marcar una tendencia positiva y útil para futuras sentencias, dando un impulso necesario al fin de la segregación ocupacional aún existente en la actualidad entre hombres y mujeres, así como a la tendencia de incluir al género masculino en los departamentos mejor

³⁵ RUBIO CASTRO, A. (2008) “*La discriminación indirecta y el orden patriarcal*”

³⁶Ciento cuarenta trabajadoras de los departamentos de envasado y expedición de la empresa “Fontaneda S.A.” recurren ante el Tribunal Constitucional una cuestión discriminatoria por la cual, desempeñando tareas categorizadas de forma superior o equivalente a las de los varones empleados en iguales sectores, venían recibiendo una retribución salarial notablemente inferior. El fallo declara el derecho de las profesionales a la misma retribución que la asignada a los compañeros masculinos. El Tribunal identificó de la discriminación salarial en la empresa en el hecho de que los hombres realizaban funciones de producción mientras que las mujeres realizaban funciones de empaquetado, aunque incluso en el caso de cuatro mujeres, al desempeñar tareas de producción, eran remuneradas igualmente que el sector de empaquetado.



retribuidos, sin tener en cuenta en ocasiones la preparación o la igualdad de oportunidades en el acceso a categorías superiores.

Indica el Tribunal que no le compete dicha división sexista de tareas “cuya corrección difícilmente podría obtenerse directamente del amparo constitucional, en lo que no fueran obstáculos formales para la intercambiabilidad de funciones entre los sexos, y para lo que el sindicato actor tiene siempre abierta la vía de la contratación colectiva (...) Sin embargo lo que está en cuestión en el proceso de origen y en este proceso constitucional no es la corrección de ese reparto de tareas... lo que está en juego en este proceso constitucional es exclusivamente si la diferencia salarial entre ambos grupos o departamentos constituye una discriminación por razón de sexo contraria al derecho reconocido en el art. 14 de la CE.”³⁸

Indica TERESA PEREZ DEL RIO³⁹ en su crítica a dicha sentencia, que supone esta una excepción a la regla en los pronunciamientos del TC sobre discriminación salarial, ya que posteriormente fue seguida por otra del mismo, concretamente la sentencia de 16 de octubre de 1995 en un supuesto de hecho bastante similar a este asunto “Fontaneda”, se vuelve a argumentar en los mismos términos anteriormente mencionados.

No solo se ha mencionado el TC sobre casos discriminatorios en materia de salario o plus salarial, sino que también ha procedido a extender la discriminación por razón de sexo al popularmente denominado “finiquito”, y lo hace en la Sentencia 183/2000, de 10 de julio,⁴⁰ al calcularse dicha indemnización en base a un salario previamente declarado discriminatorio por órgano judicial.

³⁷ REY MARTINEZ, F. (2010) “*Igualdad entre mujeres y hombres...*” p. 18

³⁸ STC 286/1994, de 28 de noviembre; FJ 4

³⁹ PEREZ DEL RÍO, T. (1996) “*comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el asunto "Fontaneda"*” p. 90

⁴⁰ En la empresa Avon venía concediéndose un complemento salarial, que era superior para los hombres que para las mujeres que trabajaban en la citada empresa, los cuales desempeñaban trabajo de igual valor. Aun así, el complemento de las trabajadoras tenía una cuantía inferior. Tras la demanda, se produjo el



2. Igualdad de trato en materia de la seguridad social

2.1 Pensión de viudedad

En las sentencias relativas a pensiones de viudedad, observamos que el TC se ha pronunciado en base a la equiparación positiva⁴¹, extendiendo las medidas generalmente a los varones. Como ejemplo de ello, podemos observar varias sentencias:

La preconstitucional STC 103/1983, de 22 de noviembre⁴², que dio lugar a numerosas críticas⁴³, supone un ejemplo de la precariedad vigente en la época que engloba la primera etapa jurisprudencial, donde queda patente tanto la distinción de sexos a la hora de legislar, como la debilidad atribuida a la mujer y en consecuencia las medidas protectoras dirigidas a la misma, creando la diferencia de trato en este caso a la hora de acceder a la pensión de viudedad, que incluía como beneficiaria de la misma a “la viuda”. Sin embargo, se incluía al viudo como titular de dicho derecho solamente cumpliendo el requisito de “estar imposibilitado para el trabajo y vivir a cargo de sus esposas fallecidas”. De esta forma, afirma el TC que “Existe la discriminación toda vez que se da un trato diferente ante situaciones de carácter igual”⁴⁴ (FJ 3).

En el mismo sentido, la STC 142/1990 declara inconstitucional por discriminatorio el artículo 3.1 del Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955, decidiendo

despido de ciento treinta y un trabajadores, entre las que estaban las demandantes de amparo. Con motivo del expediente de regulación de empleo, se calcularon las indemnizaciones sobre el salario, pero al ser este declarado discriminatorio por el Tribunal Constitucional, se les concede a las recurrentes de amparo el derecho a solicitar nuevo cálculo de la indemnización, equiparándose a la prevista para los varones.

⁴¹ ELÓSEGUI ITXASO, M. (1998) *“Igualdad y diferencia hombre-mujer según el tribunal Constitucional Español”* p. 162

⁴² Un viudo solicita la prestación de viudedad causada por el fallecimiento de su esposa, que se le había denegado en base al artículo 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social, que concedía la prestación a “la viuda”. el Tribunal declara inconstitucional y por tanto nulo el inciso del párrafo primero de dicho artículo.

⁴³ LÓPEZ TARRUELLA, V. *“La necesaria reforma de la pensión de viudedad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional”* pp.458 ss

⁴⁴ STC 103/1983; FJ 3



extender a los viudos el acceso al Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), que venía siendo solamente reconocido a las viudas, produciéndose la reproducción argumentativa de la recién mencionada sentencia 103/1983.

De igual forma, la STC 3/1993 anula el artículo 162.2 de la ley general de la seguridad social, ya que incluía como sujetos del derecho a recibir ciertas prestaciones sólo a las hijas y hermanas, sin incluir a hijos y hermanos. El TC decide incluir a los varones en tal derecho, extendiendo la aplicación a los mismos. En este caso, la sentencia estima ilegítima o discriminatoria dicha ventaja al ser una medida diferenciadora que no pretende la incorporación de la mujer al mundo laboral o su independencia de las tareas domésticas. Más bien, se trata de una medida compensadora en la que impera la perspectiva paternalista. Es por lo que la sentencia afirma que es esta una “prestación que, adoptada por el factor de diferenciación sexual, resulta perturbadora para lograr una igualdad efectiva de la mujer en relación con el varón, en tanto que privilegio instituido en favor de la misma que se revela como una forma encubierta de discriminación que se vuelve contra ella.”⁴⁵ (FJ 3). Aun así, no deja de mencionar “la licitud constitucional de ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer.”⁴⁶

Respecto a estas decisiones, coincidimos con la opinión de ELÓSEGUI ITXASO⁴⁷, que decide criticar una clara falta de razonabilidad, al optar directamente por la equiparación en lugar de aplicar dichos beneficios a los sujetos que tengan realmente necesidad de disfrutarlos, surgiendo así un cambio de legislación que supondrá una carga social para el conjunto de los ciudadanos y que no siempre estará justificada. Apunta lo paradójico que resulta que el criterio de la igualación por arriba, en los primeros años del TC, favoreciera precisamente a los menos desfavorecidos.

En el mismo orden, observamos dignas de mención ciertas decisiones sobre la concesión de la pensión de viudedad a las parejas de hecho. Antes de incluir la Ley

⁴⁵ STC 3/1993, de 14 de enero; FJ 3

⁴⁶ *Íbidem*

⁴⁷ ELÓSEGUI ITXASO, M. “Igualdad y diferencia hombre-mujer...” p. 162 ss



40/2007⁴⁸, dado que las parejas de hecho no tenían acceso a dicha prestación, varios casos llegaron al TC reclamando la supresión de dicha disposición por su carácter discriminatorio. Ante dicha demanda el TC se mostraba tajante, como muestra en la STC 184/1990, de 15 de noviembre⁴⁹, donde se decide no considerar inconstitucional el precepto analizado, y por ende no estimar el recurso ya que la demandante y el fallecido no estaban casados, de forma que esta pierde el derecho a cobrar dicha pensión de viudedad.

Avanzando temporalmente en la jurisprudencia, se pronuncia en esta misma línea en la STC 92/2014, de 10 de junio⁵⁰, donde se atribuye a la irretroactividad de las normas la decisión del TC de no conceder dicha pensión de viudedad al recurrente, puesto que solamente los cónyuges podían ser beneficiarios de la misma y, en consecuencia, a los miembros de parejas de hecho homosexuales les estaba vedado acceder a esa prestación, ya que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, aquellos no podían contraer vínculo matrimonial. Indica el Tribunal que el hecho de reconocer este derecho patrimonial a su favor daría lugar al reconocimiento del derecho a solicitar esta pensión de viudedad a las parejas heterosexuales que no hubieran contraído matrimonio en ese momento, creando cierta controversia al respecto en base a su efecto retroactivo.

El Tribunal en este caso decide desestimar la cuestión, justificando su decisión en que la aprobación de estas uniones es, realmente, una situación moderna, cuyos efectos jurídicos no se pueden aplicar al pasado, e igualmente ocurre con un matrimonio heterosexual, y recuerda que en esta época “ni siquiera la extensión de la pensión de

⁴⁸ A partir de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, se admite la concesión de pensión de viudedad a determinadas parejas de hecho, bajo ciertos requisitos para ser considerados como tal.

⁴⁹ Dicha sentencia declara que el art. 160 de la Ley General de Seguridad Social y la Disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, no se oponen a lo dispuesto en los arts. 10, 14 y 39 de la Constitución, y debido a que la demandante y el fallecido no estaban casados, estimó que esta no podría cobrar dicha pensión de viudedad.

⁵⁰ El recurrente en amparo reclama su derecho a recibir pensión de viudedad, puesto que solamente los cónyuges podían ser beneficiarios de la misma y, en consecuencia, a los miembros de parejas de hecho homosexuales les estaba vedado acceder a esa prestación, puesto que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005, aquellos no podían contraer vínculo matrimonial.



viudedad a quienes convivían de forma estable extramatrimonialmente estaba lejos de ser la pauta en la legislación internacional y en el Derecho comparado”⁵¹ (FJ 6)

2.2 Pensión de jubilación y periodos de cotización en la seguridad social

Sobre esta materia resultan destacables sentencias algo más recientes y controvertidas, donde podemos encontrar el caso de mayor relevancia este último año sobre la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral.

Aun así, consideramos preciso recapitular desde el inicio de la segunda etapa, siendo necesaria la mención de ciertas acciones positivas consideradas como legítimas, como la tratada en la STC 19/1989, de 31 de enero, sobre la aplicación de una “diferencia sensible”⁵² en el cálculo de la pensión de jubilación entre las mujeres y varones de un sector textil, teniendo acceso el género femenino un mayor porcentaje del salario regulador.

A pesar de que el actor consideraba discriminatoria dicha medida, con rasgos de compensatoria y no meramente protectora⁵³, el TC, por el contrario, no considera la medida discriminatoria, y como lo hizo anteriormente en la STC 128/1987 (el *leading case* mencionado previamente) decide no extender la medida a los hombres ni limitar su aplicación a las mujeres, justificándose en base al contexto del asunto, ya que en dicho sector se apreciaban unas condiciones salariales y laborales inferiores para la mujer, así como una asignación de inferiores categorías profesionales.

Decide el Tribunal hacer memoria e indica que la “norma enjuiciada se inscribía en un contexto normativo que se decía comprometido en «liberar» a la mujer casada «del taller y de la fábrica» (declaración II del Fuero del Trabajo) y en su conjunto, bien mediante cláusulas de excedencia forzosa de la mujer por razón de matrimonio, bien mediante reglas de fomento del empleo de los «padres» o «cabezas de familia» (condición que se predicaba en primer lugar del varón), había colocado al personal

⁵¹ STC 92/2014, de 10 de junio; FJ 6

⁵² El hecho de que las mujeres, al jubilarse entre los sesenta y los sesenta y cuatro años, pudieran alcanzar el 80% del salario regulador, mientras que los hombres sólo tenían acceso a un máximo del 70% del mismo.

⁵³ RUIZ MIGUEL, A. (1996) “*La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*” p. 56



femenino en una clara situación de inferioridad en el mercado de trabajo”⁵⁴ (FJ 6)

Por último, hace referencia a que dicho precepto “no tenía por objeto colocar al trabajador varón en peores condiciones al momento de su jubilación, sino más bien compensar de algún modo la situación de inferioridad que, laboral y socialmente, venía padeciendo el personal femenino.”⁵⁵

Con respecto a esta decisión, indica RUIZ MIGUEL⁵⁶ que lejos de acabar con la situación discriminatoria, puede desencadenar un efecto negativo, ya que la aprobación de dichas medidas puede dar lugar al encarecimiento de la contratación de la mujer.

Finalmente, no debemos olvidar que el TC justifica esta diferencia de trato, aunque no sin definir como limitada, excepcional o “histórica” la medida, apelando a su continua incongruencia. Esto, no puede sino suscitar reflexión sobre el hecho de admitir medidas de tales características, por el mismo TC, creando una repercusión de inseguridad sobre la tutela judicial efectiva en nuestra sociedad cuando, desde la argumentación, el propio juzgador considera “limitada” una medida que decide mantener.

Avanzando en la jurisprudencia sobre la materia que nos ocupa, encontramos destacables ciertas decisiones sobre los periodos de cotización requeridos en los contratos celebrados a tiempo parcial, necesarios para el acceso a la prestación correspondiente.

Debemos resaltar en este caso la STC 253/2004, de 22 de diciembre, cuya argumentación consideramos remarcable. En este fallo, el Tribunal estima inconstitucional el párrafo segundo del artículo 12.4 de la Ley del estatuto de los trabajadores, por resultar contrario al mandato de igualdad y prohibición de discriminación directa por razón de sexo contenida en el artículo 14 CE. Es el caso de una trabajadora que, con motivo de su contrato a tiempo parcial, no reúne los periodos de cotización necesarios para acceder a la prestación correspondiente, viendo así vulnerado su derecho. El Tribunal entiende que dicho precepto infringe el principio de igualdad, ya que aunque parte de una base razonable, como es el hecho de que el trabajo

⁵⁴ STC 19/1989, de 31 de enero; FJ 6

⁵⁵ *Íbidem*; FJ 5

⁵⁶ RUIZ MIGUEL, A. (1996) “*La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*” p. 56



a tiempo parcial tenga como consecuencia una pensión de menor cuantía en comparación con la de un trabajador a tiempo completo, con motivo del inferior esfuerzo contributivo, encuentra que su efecto es “desproporcionado”⁵⁷, al reclamar unos periodos de actividad bastante más extensos para tener acceso a la prestación por desempleo y causa una dificultad en el acceso a dicha protección social de los trabajadores a tiempo parcial que no se considera justificada, ya que los periodos de carencia son en proporción más exigentes que para los trabajadores a jornada completa.

Según indica el TC, se trata de un caso de discriminación indirecta, bajo el argumento de que el contrato a tiempo parcial es “una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino, (...) pues, acreditada estadísticamente⁵⁸ la realidad sociológica indicada, esto es, que la medida afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres (disparate effect), para descartar la existencia de una discriminación indirecta prohibida por el art. 14 CE, habría que constatar que esa medida se explica por razones objetivamente justificadas de política social sin carácter discriminatorio.”

Fundamenta el TC que el “cómputo de los períodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones conduce a un resultado claramente desproporcionado, pues dificulta injustificadamente el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social, al exigir a estos trabajadores unos períodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia. De este modo no solo se obtiene una pensión de cuantía inferior cuando en la vida laboral existen períodos de trabajo a tiempo parcial (lo cual, se insiste, es constitucionalmente legítimo por responder al menor esfuerzo contributivo realizado), sino que se dificulta el acceso mismo a la prestación, al exigir un mayor número de días trabajados para acreditar el periodo de carencia requerido en cada caso, lo que resulta especialmente gravoso o desmedido en el caso de trabajadores

⁵⁷ STC 253/2004, de 22 de diciembre; FJ 8

⁵⁸ Esta discriminación indirecta es constatada estadísticamente por el TC basadas en datos del Instituto de la Mujer, que indicaban que en 1996 el 75,16% de los contratos a tiempo parcial era desempeñado por mujeres. En 2004, aumentaba hasta un 81,94%.



con extensos lapsos de vida laboral en situación de contrato a tiempo parcial y en relación con las prestaciones que exigen períodos de cotización elevados”⁵⁹ (FJ 6)

Sin embargo, tras este impulso hacia el desarrollo del concepto de discriminación indirecta, volvemos a observar un retroceso con el Auto de 17 de abril de 2007, al no admitir la discriminación indirecta, que considera “notoriamente infundada”, rompiendo con lo establecido en la anterior sentencia 253/2004. En este caso, no estima que dicha carencia en la Ley de una excepción a la regla general pueda considerarse una discriminación indirecta por razón de sexo.⁶⁰ (Rey Martínez, 2010). En esta ocasión, sostiene que “es al legislador a quien corresponde, en atención a las circunstancias económicas y sociales imperativas para la viabilidad y eficacia del sistema de seguridad social, decidir acerca del grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales.”⁶¹ (Ídem)

Aun así, de nuevo en la STC 61/2013, de 14 de marzo, el Tribunal vuelve a hacer uso del concepto de discriminación indirecta y declara inconstitucional la disposición adicional séptima de la Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994), ya que para determinar los periodos de cotización de las prestaciones de la seguridad social se computaban únicamente las horas trabajadas, perjudicando de esta forma a los trabajadores a tiempo parcial (en su gran mayoría mujeres, como hemos confirmado previamente).

Con ello, como indica PANIZO ROBLES⁶², tras esta sentencia y como consecuencia de la anulación del precepto se produce un vacío legal que el propio Tribunal indica que será tarea de los órganos judiciales integrar, afirmando que “el TC parece olvidar que la gestión de las prestaciones de la seguridad social no corresponde a jueces ni Tribunales, sino a los organismos públicos a quienes el ordenamiento jurídico atribuye tales competencias, sin perjuicio que sus resoluciones puedan ser enjuiciadas y,

⁵⁹ STC 253/2004, de 22 de diciembre; FJ 6

⁶⁰ REY MARTÍNEZ, F. (2010). “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español” p. 13

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² PANIZO ROBLES, J. A. (2013) “Las nuevas reglas de Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial” p. 11.



en su caso, modificadas o anuladas por los órganos judiciales correspondientes.”⁶³
(2013; 11)

Para finalizar, se considera preciso hacer mención a la que posiblemente sea una de las sentencias más relevantes y cuyas consecuencias tienen una mayor trascendencia en la materia este último año: la STC 91/2019, de 3 de julio. Este fallo declara nula, por discriminatoria contra la mujer trabajadora, la disposición reguladora del cálculo de la pensión de jubilación en los casos de trabajo a tiempo parcial, a efectos de fijar la cuantía de la pensión de jubilación. Se declara nulo concretamente el inciso de jubilación y un apartado del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, ya que vulnera el derecho a la igualdad entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial en el cómputo del periodo de cotización, por el modo de calcular la cuantía de la pensión.

En este caso, también se menciona la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo, al evidenciarse estadísticamente el hecho de que la mayor parte de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres, lo que ocasiona un “impacto adverso sobre los trabajadores de un determinado sexo.”⁶⁴

La vicesecretaria de UGT, ANTOÑANZAS, decide pronunciarse al respecto afirmando que “El contrato a tiempo parcial es una de las manifestaciones más evidentes de la precariedad y discriminación laboral que sufren las mujeres trabajadoras de nuestro país, tanto por la propia regulación del contrato a tiempo parcial, como por su regulación en materia de protección social. (...) La vigente regulación del contrato a tiempo parcial constituye una modalidad de contratación que, entre otras cosas, se caracteriza por ofrecer flexibilidad en favor de la empresa, facilitando la adaptación de la prestación del trabajo, en la distribución y en el número de horas de la jornada de trabajo, a las necesidades de la empresa de una forma bastante ágil.”⁶⁵

También afirma que con esta decisión: “No se eliminan todas las discriminaciones existentes en la regulación de la protección social del tiempo parcial,

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ STC 91/2019, de 3 de julio; FJ 10

⁶⁵ ANTOÑANZAS, C. (2019). “Golpe a golpe pero no se acaba con la discriminación.”



que junto con las relativas a la propia regulación del contrato a tiempo parcial, aún persisten.”⁶⁶

3. Igualdad en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo

3.1 Acceso al empleo

Con respecto al acceso al empleo, encontramos sentencias que marcan un momento histórico y suponen un precedente para futuras mujeres al poner fin a la segregación ocupacional que venía siendo vigente en determinados sectores. Dentro de esta materia encontramos el reconocimiento a las recurrentes de su derecho a la igualdad y a no ser discriminadas en el acceso al empleo, entre las que destacan el acceso de la mujer a la Academia General del Aire o al trabajo en las minas, lo cual supone una medida de equiparación con respecto a sus compañeros varones, extendiendo este derecho a las mujeres ante su situación de discriminación directa.

De forma ordenada, la primera sentencia destacable al respecto es la STC 216/1991, de 14 de noviembre, que concede a la demandante el acceso a la Academia General del Aire, apelando al mero examen de razonabilidad y analizando la discriminación en sentido estricto.

Por otra parte, en la STC 229/1992, de 14 de diciembre, sobre el acceso masculinizado al sector minero, el Tribunal afirma que el principio de no discriminación afecta al acceso al empleo y a la contratación.⁶⁷ Esta basa su argumento en la previa STC 128/1987, que hemos mencionado como *leading case*. Dicha comparación no resulta, desde mi punto de vista, del todo razonable, ya que no considero el acceso de la mujer a dicho sector una medida compensatoria o positiva en pro de la igualdad de oportunidades, sino que más bien se trata de una medida de equiparación al no existir razón alguna para considerar que una mujer no pueda trabajar en el interior de una mina en condiciones de igualdad con los varones.

Aun así, esta sentencia consigue romper con la tradicional segregación ocupacional en el sector minero, al anular la Sentencia de la Magistratura de Trabajo y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que no estimaban

⁶⁶ *Ibidem*

⁶⁷ TERESA PÉREZ DEL RÍO “La discriminación por razón de género en el empleo y las condiciones de trabajo” p. 324



discriminatoria la prohibición del trabajo de las mujeres en las minas, al tratarse de una norma protectora de las mujeres. La disposición que prohibía ciertos trabajos al género femenino (art.1 del Decreto de 1957), el de minera entre estos, se declara no compatible por el Tribunal, que reconoce el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE.

De nuevo, añade en su fundamento jurídico tercero que “hay que vigilar con particular reserva (y periódicamente) las medidas protectoras que parten de prejuicios infundados que responden a una división sexista del trabajo o que, por las mejoras en las condiciones de trabajo en las minas, han perdido su razón de ser.”⁶⁸

De esta forma hace referencia al prejuicio sexista existente en considerar la fuerza física inferior de la mujer frente al hombre; “un estereotipo que más que reforzar una diferencia real, natural o biológica, limita o perjudica a la mujer en el mercado de trabajo.”⁶⁹ (FJ 4)

Así como que “la consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un derecho desigual igualatorio, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer”.⁷⁰

Por otra parte, encontramos discriminaciones indirectas en el acceso al empleo de la mujer en la política de contratación excluyente de trabajadoras en ciertas empresas, así como limitando el acceso al empleo a mujeres embarazadas.

En el primer caso, podemos destacar la STC 41/1999, de 22 de marzo, estimatoria del recurso de amparo que denunciaba un sindicato sobre la empresa “Fasa-Renault”, basada en el hecho de que, en un año, había contratado a 120 varones y ninguna mujer.

En el segundo caso, referente al estado de gestación, podemos aludir a la Sentencia 214/2006, de 3 de julio de 2006, en la cual el TC otorga el amparo en base al hecho de no incluir el Instituto Nacional de Empleo a la recurrente, en situación de baja

⁶⁸ STC 229/1992; FJ 3

⁶⁹ *Íbidem*; FJ 4

⁷⁰ *Íbidem*; FJ 2



por maternidad, como una candidata a un puesto de trabajo, obviando que la susodicha reunía los requisitos previos y contaba con experiencia en dicho puesto.

El TC, ante la decisión de “suspender la demanda de empleo de la trabajadora y contra la posterior resolución administrativa que desestimó su reclamación al efecto”⁷¹, centra su resolución en “determinar si la demandante de amparo ha sido objeto de una conducta contraria al derecho fundamental a la no discriminación consagrado en el art. 14 CE.”⁷², fundamentando que “lo que se refiere específicamente a la prohibición de discriminación por razón de sexo, que tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (...)partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo o en la maternidad, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE”⁷³.

3.2 Condiciones de trabajo

En lo enjuiciado por el Tribunal sobre las condiciones de trabajo en términos discriminatorios por razón de sexo destacan casos relacionados con estado de gestación, en los cuales, a pesar de que el Tribunal se pronuncia generalmente de forma garantista, también muestra decisiones enfrentadas.

Dentro de esta materia, también procedemos a tratar casos en los que el Tribunal no sigue una línea precisa de decisión en su análisis sobre situaciones discriminatorias hacia el varón en cuestiones como el retiro anticipado, el famoso caso del plus de transporte nocturno (mencionado anteriormente dentro de la discriminación salarial), la valoración de horas extraordinarias o la reducción de jornada por lactancia.

Llegados a este punto, considero preciso aclarar que la referencia al varón discriminado que desarrollamos a continuación no la destacamos por su existencia aislada dentro de las condiciones de trabajo, y su ausencia en otras materias. Más bien, al llevar a cabo la selección de sentencias llamativas dentro de esta materia, he considerado preciso destacar una mayor incidencia en ciertos casos relativos al varón

⁷¹ STC 214/2006, de 3 de julio de 2006; FJ 1

⁷² *Íbidem*; FJ 2

⁷³ *Íbidem*; FJ 3



discriminado que, a mi parecer, no se han enjuiciado de una forma coherente siguiendo la línea jurisprudencial del TC, siendo esto precisamente lo que ocupa nuestro trabajo.

A) **Varón discriminado**

En la sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, el Tribunal decide tomar competencia en la extensión a los varones del régimen aplicado a sus compañeras enfermeras, declarando contrario al artículo 14 CE la ordenanza laboral en cuestión, que computaba como horas extraordinarias solamente llevadas a cabo por las trabajadoras (y no las de sus compañeros varones) todas las efectuadas en domingo.⁷⁴

Supone una forma de excederse de sus competencias, además de una innovación en el ordenamiento, que en esta ocasión decide llevar a cabo. Aunque como indica RUIZ MIGUEL, “el restablecimiento de la igualdad puede hacerse tanto denegando la aplicación del trato a los sujetos favorecidos por la ley cuanto ampliando su aplicación a los sujetos excluidos por ella. En la jurisprudencia constitucional, la tendencia, seguramente iniciada en este caso, ha sido la segunda opción”⁷⁵ (1996; 45)

Posteriormente, en la sentencia STC 207/1987, de 22 de diciembre, se estima el amparo e igualmente extiende a los auxiliares de vuelo de Iberia el derecho al retiro anticipado que venía reconociéndose únicamente a las azafatas, extendiendo así su aplicación a los varones.

El TC, al valorar la motivación de dicha medida, relacionada con la apariencia física demandada por los clientes solamente a las auxiliares de vuelo, la declara discriminatoria e innecesaria al tratarse de una profesión en la que las funciones competen por igual a ambos sexos y decide suprimir dicha distinción, probablemente influido en gran medida por la justificación empresarial de carácter discriminatoria respecto a la demandada “presencia atractiva” de las azafatas.

En este caso, debemos recordar que anteriormente, también en la STC 128/1987, la resolución del Tribunal ante a medida paternalistas o falsamente protectora decide no extender a los varones un plus de guardería que venía concediendo a las mujeres. Pues

⁷⁴ A sus compañeros, sólo computarían como extraordinarias los domingos un máximo de tres horas. El resto se acumulaban dentro de un cupo máximo de horas semanales.

⁷⁵ RUIZ MIGUEL, A. (1996) “*La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*” p. 45



bien, en este caso, aunque no cabe en la misma materia, sí se analizan las mismas medidas, en cambio, el TC decide extender su aplicación.

El Tribunal “ha declarado en forma reiterada que existe una discriminación cuando dos casos sustancialmente iguales son tratados de manera diferente sin razón bastante que justifique esa diferencia de trato. El sexo en sí mismo no puede ser motivo de trato desigual, ya que la igualdad entre ambos sexos está reconocida expresamente por el art. 14 de la Constitución. La Sentencia impugnada no niega este principio, pero afirma que en este supuesto concurre una causa que justifica la diferencia de trato ‘ya que se entiende que la mujer, por sus condiciones físicas, aconseja y hasta impone, en el ejercicio de las funciones de Auxiliar de Vuelo, una presencia atractiva que normalmente demanda el personal receptor de estos servicios y, por tanto, unas peculiaridades que no son exigibles al hombre y que, estando en función de la edad, aconsejan posibilitar la anticipación del cese de la mujer en tal servicio’. Este argumento es con toda evidencia inaceptable.”⁷⁶

Posteriormente, en la STC 28/1992, de 9 de marzo⁷⁷, rompiendo la línea jurisprudencial recién comentada, se decide desestimar el recurso de amparo contra la compañía telefónica, sobre la compensación económica por uso de transporte nocturno concedida a todo el personal femenino, excluyendo de la misma a los varones, y decide en esta ocasión no extenderla a los mismos. El Tribunal deniega el recurso de amparo basándose en que concurre causa justificando el tratamiento diferenciado que se alega, ya que el trabajo nocturno no plantea los mismos problemas para varones y mujeres, por lo que da lugar a una situación que es distinta para ambos.⁷⁸ Menciona que es una medida no discriminatoria, sino protectora, que pretende compensar una desigualdad de partida y lograr la igualdad efectiva en el acceso y mantenimiento del empleo del género femenino y masculino.⁷⁹

⁷⁶ STC 207/1987, de 22 de diciembre; FJ 2

⁷⁷ Recurso de amparo interpuesto contra la compañía Telefónica para la que prestaba sus servicios el demandante, reclamando la compensación económica por el uso de transporte nocturno concedida a todo el personal femenino, ya que consideraba dicha norma discriminatoria.

⁷⁸ STC 28/1992, de 14 de noviembre; FJ 3

⁷⁹ *Íbidem*



Decide así el Tribunal aceptar la constitucionalidad de una medida que puede considerarse paternalista o falsamente protectora, que no sólo discrimina a la mujer, considerándola necesitada de medidas protectoras, sino también a sus compañeros varones. Según REY MARTINEZ, a pesar de considerar ilegítima esta norma diferenciadora, decide desestimar la pretensión, e indica que precisamente por ser ilegítima no se puede esta extender a los varones y, en el caso de que se optara por extenderla, el TC estaría creando una norma nueva, lo que a todas luces excede de su competencia.⁸⁰

Sin embargo, en el año 1985, es la empresa Telefónica quien decide extender este plus de transporte a todos los trabajadores de la empresa.

ELÓSEGUI ITXASO señala que esta decisión “rompe con el razonamiento de 81/82, de 21 de diciembre, y 38/86, de 21 de marzo, siendo el razonamiento en la sentencia incoherente, ya que afirma que es discriminatorio, pero no declara esa medida inconstitucional, y por otra parte no aplica el criterio de extender la medida al varón, lo que había hecho anteriormente en situaciones similares.”⁸¹

Esta sentencia, aunque delimita positivamente la capacidad de decisión del Tribunal, reconociendo que no le corresponde innovar el ordenamiento, vuelve a crear una situación de inseguridad con respecto a la tutela judicial efectiva, al identificar el trato ilícito y aun así decidir no anularlo, además de romper su línea de decisión previamente analizada.

Finalmente, podemos incluir en este apartado con respecto a las acciones positivas un caso sobre la reducción de jornada por lactancia, recogido en la STC 109/1993, de 25 de marzo, aunque lo desarrollaremos posteriormente en el apartado de sentencias sobre la conciliación de la vida laboral y familiar.

B) Estado de gestación

⁸⁰ REY MARTÍNEZ, F. (2010). “Igualdad entre mujeres y hombres...” p.29

⁸¹ ELÓSEGUI ITXASO, M. (1998) “Igualdad y diferencia hombre-mujer según el tribunal Constitucional Español” p.159



Podemos centrarnos en una evolución más reciente en cuanto a la jurisprudencia referente a la discriminación por razón de sexo en las condiciones de trabajo por motivo de embarazo, concretamente en la incorporación tras la baja maternal, ya que denota una mayor presencia en casos actuales, bajo el manto de la discriminación tanto directa como indirecta.

En este sentido, observamos variedad de discriminaciones materializadas en cambios a puestos inferiores de trabajo, a la hora de incorporarse la trabajadora tras una baja maternal, como ocurre en la estimatoria STC 182/2005, de 4 de julio.⁸²

Indica el Tribunal en dicha sentencia que “la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, el perjuicio laboral causado por la sucesiva maternidad constituye un supuesto de discriminación directa por razón de sexo”⁸³, quedando con ello constatada la causalidad entre los hechos que se denuncian y el motivo jurídicamente relevante en que se basan, que no es otro que en este caso la triple maternidad de la trabajadora.

Sin embargo, rompe el TC con su hilo argumentativo en la STC 233/2007, de 5 de noviembre⁸⁴, con motivación muy similar a la anterior mencionada, y decide no conceder el amparo a la recurrente, justificando su decisión en el hecho de que no aprecia intención discriminatoria en la remuneración de la empleada, o que la función administrativa en la nueva sección sea de carácter inferior al trabajo que venía

⁸² Caso de relegación de funciones de la trabajadora en una asesoría jurídica con el perjuicio del impedimento de promoción económica o la asignación de tareas jurídicas de mayor entidad, así como el cambio de puesto de trabajo a un departamento diferente y carente de contenido jurídico.

⁸³ STC 182/2005, de 4 de julio; FJ 4

⁸⁴ La parte actora, al reincorporarse a su puesto de trabajo tras el periodo de baja maternal, es comunicada sobre su cambio de funciones en la empresa. La recurrente declara que de tener que desempeñar diferentes funciones, preferiría abandonar la empresa. Ante esta situación, la empresa decidió sin ocupación, es decir, sin trabajo efectivo o lugar físico concreto a la trabajadora, quien presentó denuncia al respecto. La empresa alega que la situación nacía de la falta de voluntad de la demandante a desempeñar las funciones encomendadas.



desempeñando anteriormente, de forma que no se considera el trato discriminatorio con respecto a la trabajadora.

Según denuncia la recurrente, con ello los pronunciamientos judiciales no consideran “que su complicado embarazo, con varias bajas y consiguiente maternidad, y la sucesiva excedencia para el cuidado de su hijo prematuro motivaron las conductas discriminatorias que denuncia, pues la empresa no le reservó su puesto de trabajo tras la excedencia, contrató a un empleado varón para la realización del trabajo que ella desarrollaba antes de su maternidad (incumpliendo de ese modo lo que dispone el art. 46.3 de la Ley del estatuto de los trabajadores)”⁸⁵ y además, la relación laboral de este se volvió indefinida en el momento que ya se había reincorporado la recurrente a su empleo.

Sobre la incorporación tras maternidad, en un caso posterior tratado en la STC 66/2014, de 5 de mayo, en el que coincide el mismo día que tenía el recurrente programado su parto, la toma de posesión de su plaza en el Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, le fue a la recurrente denegado el reconocimiento de sus derechos económicos, de antigüedad y de cualquier otra clase, y decide el TC mostrarse también garantista, estimando el recurso.

El TC afirma en la STC 233/2007, de 5 de noviembre, que “para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como ‘la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquélla tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)’” y a que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación”⁸⁶ (FJ 6)

⁸⁵ STC 233/2007, de 5 de noviembre; FJ 3

⁸⁶ *Ibidem*; FJ 6



También encontramos situaciones en las cuales, a pesar de no poder considerarse despidos, deciden suspender temporalmente el contrato laboral por motivo del estado de gestación de la trabajadora, cambiando así las condiciones de trabajo, en lugar de asignar un puesto asumible por la misma en su estado de gravidez. Por ejemplo, en la STC 161/2004, de 4 de octubre, cuya demanda es estimada por el TC, se solicita que se dicten sentencias con respeto al derecho fundamental vulnerado. Se trata del caso de una trabajadora de una empresa de líneas aéreas, con categoría profesional de segundo piloto. Tras un reconocimiento en el Centro de Instrucción de Medicina Aeroespacial que la declaraba falta de aptitud, temporalmente, como consecuencia de su embarazo, fue comunicada por la empresa sobre la suspensión de su contrato de trabajo, privándola del derecho a contraprestación salarial, ya que se encontraba imposibilitada para desempeñar sus funciones como piloto y no se le podía ofrecer un puesto distinto por falta de vacantes. Sin embargo, se aprecia el ingreso de cinco nuevos pilotos a los que hubo que instruir, y dicha instrucción se llevó a cabo por instructores de la compañía con menor antigüedad que la demandante, en lugar de asignarle dichas funciones a la recurrente.

C) Exigencia de una determinada apariencia física

En esta sección podemos incluir casos concretos de discriminación en las condiciones de trabajo, como ocurre en la STC 84/2006, de 27 de marzo, en la que el sindicato CGT demandó a Renfe por requerir a sus empleadas de tren de alta velocidad al uso de falda, no optando las mismas el uso de pantalones.

Los Tribunales previos que conocieron del caso, estimaron que no se producía violación de los derechos al honor y la dignidad de las trabajadoras. El TC no pudo decidir sobre la materia, ya que fue resuelta extraprocesalmente, al modificar Renfe dicha medida y dando opción a sus trabajadoras de optar entre el uso de falda o pantalón.

Habría sido interesante que el Tribunal se hubiera pronunciado al respecto, ya que la vestimenta, aunque es determinable por el empleador, puede relacionarse con la discriminación, como en este caso.



4. Despido y extinción del contrato de trabajo

Dentro de esta categoría, nos hemos topado en nuestro estudio con una inmensa variedad de casos, correspondientes de forma absolutamente mayoritaria al estado de gestación de la mujer trabajadora, de forma que hemos decidido centrarnos en dicha materia.

Como dicta reiteradamente la jurisprudencia de mayor actualidad del TC en lo respectivo a la discriminación por razón de sexo, el estado de gestación es una diferencia biológica entre mujer y varón que afecta principalmente al género femenino, al ser la mujer la principal demandante de bajas por embarazo, parto y maternidad. Entre sus principales consecuencias en el ámbito laboral encontramos la dificultad dichas mujeres para mantener su puesto de trabajo, sobre todo cuando la progenitora desempeña funciones en el sector privado, donde muchas empresas deciden extinguir el contrato para no desembolsar un coste que, contratando a un varón, no será necesario asumir. En su mayoría, los casos de despidos en los que el Tribunal ha tutelado dicho estado de gravidez, observamos que se pronuncia de forma mayoritariamente garantista. Aun así, se han observado ciertas incongruencias llevadas a cabo en la protección del derecho a la igualdad y no discriminación de la mujer trabajadora.

4.1 Estado de gestación

El art. 55.5 del ET fue modificado por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. En su exposición de motivos, introduce como despido nulo *“la decisión extintiva o el despido motivado, entre otros, por el embarazo, la solicitud o disfrute de los permisos por maternidad, paternidad o cuidado de familiares o el despido de los trabajadores con contrato de trabajo suspendido, salvo que se demuestre su procedencia por causa ajena a la discriminación.”* Como afirma ARPAL ANDREU, *“esta modificación se amparaba en el art. 14 CE, Directiva 92/1985/CE, de aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada,*



que haya dado a luz o en período de lactancia, y Directiva 96/34/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental.⁸⁷

Ante la variedad de jurisprudencia en este aspecto, observamos que el TC que protege a la trabajadora embarazada frente a diversas situaciones:

a) En primer lugar, en caso de despido. Podemos mencionar al respecto la STC 136/1996, de 23 de julio⁸⁸, cuya doctrina se reitera en las SSTC 20/2001, de 29 de enero; 41/2002, de 25 de febrero; 17/2003, de 30 de enero; y 98/2003, de 2 de junio de 2003. En dichos casos, el nexo común destacable en la argumentación del TC es la responsabilidad de la trabajadora de justificar los hechos que han llevado a la discriminación. Por otra parte, también se alude a la incidencia sobre el empleador de la carga de probar la razonabilidad y las causas verdaderas y suficientes para justificar la resolución del contrato y de esta forma, probar la ausencia de incumplimiento constitucional.

b) En casos de no renovación del contrato de trabajo temporal, como en la STC 173/1994, de 7 de junio⁸⁹. Tanto en esta sentencia, como en la STC 136/1996, mencionada en el apartado anterior, el TC afirma que la discriminación por razón de sexo engloba los tratos peyorativos justificados en el sexo de la persona o el desarrollo de situaciones que tengan una relación directa con el sexo, como es el embarazo.

Indica el Tribunal que “la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca. Tal

⁸⁷ ARPAL ANDREU, J. (2007) *“Discriminación por razón del sexo en el trabajo con motivo de embarazo y maternidad: Doctrina del Tribunal Constitucional.”*

⁸⁸ Declara nulo el despido, supuestamente disciplinario, basado en faltas de puntualidad y asistencia. A pesar de ser demostradas, se probó que la motivación de las mismas residía en el estado de gestación de la trabajadora, del cual la empresa estaba al tanto.

⁸⁹ Declara el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo al estar embarazada y ser despedida, aunque se tratara de un contrato temporal, ya que fue la única que no vio prorrogado su contrato, de las seis compañeras que desempeñaban las mismas funciones con el mismo tipo de contrato temporal



sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres”⁹⁰

c) En casos de discriminación hacia las funcionarias interinas, como se establece en la STC 20/2001.

d) En situaciones en las que se dan discriminaciones ocultas, como en la Sentencia 98/2003, previamente mencionada en el apartado a), en la que se estimó el recurso de una trabajadora de la jefatura de la secretaría de un consejero regional al ser relegada de sus funciones por supuestos “errores e incumplimientos” en su trabajo, aunque entiende el TC tras el análisis y exposición de motivos que el único motivo real no era otro que haberse quedado embarazada. Este es un pronunciamiento parecido a de la STC 136/1996, de igual forma mencionada en el apartado a).

e) Extiende su protección ante la imposición por parte de la empresa de diferentes obstáculos dirigidos a la empleada embarazada para promocionar laboralmente, como observamos en la STC 182/2005⁹¹, relevante por el hecho de que amplía la protección constitucional de la trabajadora embarazada tutelando novedosamente dichos obstáculos. En este sentido, podríamos incluirlo bajo la discriminación indirecta, a pesar de que la sentencia no lo menciona como tal, al tratarse de una circunstancia de discriminación derivada del sexo.

f) Sobre la existencia o no del conocimiento del estado de gestación por el empleador, el TC “estimó que la falta de conocimiento del embarazo por la empresa impide apreciar la existencia de indicios de discriminación, lo que excluye la calificación de nulidad radical del despido por vulneración del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo.”⁹² Podemos considerar casos estimatorios en los que el empleador sí tenía conocimiento del mismo, como en la STC 17/2003, de 30 de

⁹⁰ STC 173/1994, de 7 de junio; FJ 2

⁹¹ A la recurrente se le había asignado un puesto de trabajo diferente y encargado tareas de menor importancia, como consecuencia de su triple maternidad. Con motivo de la falta de aportación de pruebas por el empleador que disiparan la motivación de la decreciente confianza laboral con la empleada.

⁹² Redacción Noticias jurídicas. (2013) “El TC confirma la validez del despido de una trabajadora embarazada durante el periodo de prueba” <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3247-el-tc-confirma-la-validez-del-despido-de-una-trabajadora-embarazada-durante-el-periodo-de-prueba/>



enero⁹³, pero es desde la STC 92/2008, de 21 de julio, que el TC “entendió que el precepto legal aplicado –el art. 55.5.b) LET, en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre– establecía una garantía absoluta y objetiva de nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas (salvo que se acreditara la procedencia del despido), no vinculada al conocimiento por el empresario del embarazo”⁹⁴. Según el Tribunal, la nulidad del despido que recoge la legislación española se aplica de forma automática y objetiva, y no precisa la constatación del conocimiento del empleador del estado de gestación de la trabajadora.

Muestra de ello es que anteriormente, el TC decide en diferente sentido a pesar de la similitud de las circunstancias, en la STC 41/2002, de 25 de febrero, donde no se prueba el conocimiento del estado de embarazo por el empleador, pero en este caso decide denegar el amparo, estimando la sentencia del tribunal ordinario objeto de recurso. En este caso argumenta que los motivos expuestos por la demandante son insuficientes para probar la discriminación por razón de sexo que se reclama.

Posterior a la STC 92/2008, concretamente en la STC 124/2009, de 18 de mayo, efectivamente se declara nulo el despido de la recurrente en amparo, sin que la empresa conociera en ese momento su estado de embarazo, ya que no se aprecia motivo diferente al del estado de gestación para dar lugar a la resolución del contrato.

Aun así, el magistrado Vicente Conde redacta un voto particular discrepante, al considerar que no se puede considerar discriminatorio el despido sin conocimiento del embarazo por parte del empleador, basando dicha problemática en los hechos siguientes: la Ley 39/1999, concretamente artículo 55.5 del Estatuto de los trabajadores admite emitir la nulidad el despido de las trabajadoras embarazadas a partir de la fecha de inicio del embarazo, a menos que se demuestre una motivación del despido no vinculada al estado de gestación. Esta disposición enfrenta lo dispuesto en la directiva

⁹³ Interpone la demandante recurso de amparo por despido, al decidir empresa decide extinguir su contrato temporal. Concurren indicadores discriminatorios como el hecho de que la trabajadora había recientemente comunicado a sus compañeros de trabajo que se encontraba en estado de gestación, así como la falta de motivación para cesar el contrato laboral y el antecedente de que anteriormente se produjo la resolución contractual de otra trabajadora por el mismo motivo y en el mismo centro. El Tribunal falla discriminación por razón de sexo y declara la nulidad del despido, por discriminatorio.

⁹⁴ *Ibidem* cit. 92



92 de 1985, que se traduce en el ordenamiento español, puesto que esta señala la condición de que la norma europea señala la necesidad de información del embarazo al empresario. A pesar de ello, el TC entiende que la directiva indica una medida de protección menor, con respecto a la cual la legislación nacional puede profundizar en mayor medida, como se da en esta sentencia.

g) Con respecto a la resolución del contrato de la mujer embarazada durante el periodo de prueba podemos destacar la STC 166/1988, de 26 de septiembre ⁹⁵ en la que el Tribunal decide impulsar la efectividad de la prohibición de discriminación al instante anterior a la relación laboral. Como afirma el TC, de no ser así “quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad)”⁹⁶ (FJ 3). Además, el TC haciendo referencia a la inversión de la carga de la prueba, expone que “era el Instituto Nacional de Salud a quien correspondía, según doctrina del TC , probar que la causa del despido o resolución contractual obedecía a una causa razonable, excluyente de la violación del derecho constitucional, que ampara la igualdad en el acceso al trabajo (art. 35 C.E.) y, según la actora, también su permanencia e incluso el derecho a un puesto de trabajo dentro de la empresa compatible con su estado”⁹⁷ (FJ 1). Ya que el empleador no alega con suficiencia que el despido no estuviera vinculado con una discriminación por razón de sexo, se decide anular la sentencia que consideraba válido el despido.

Contra este argumento, encontramos el fallo recogido en la STC 173/2013, de 10 de octubre,⁹⁸ en el que decide el TC no extender esta protección al periodo de prueba exponiendo que el artículo 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores declara la nulidad

⁹⁵ El Tribunal otorga el amparo en este caso, a una empleada del Instituto Nacional de Salud, que reclamaba la resolución de su contrato debido a su embarazo.

⁹⁶ STC 173/1994; FJ 3

⁹⁷ STC 166/1988, de 26 de septiembre; FJ 1

⁹⁸ Una trabajadora embarazada fue contratada por una empresa como comercial pactándose un periodo de prueba de dos meses, aunque dentro del referido periodo de prueba, la empresa comunicó a la trabajadora la extinción de su contrato por no haberse alcanzado los objetivos de ventas. En esa misma fecha la empresa informó a otro trabajador la extinción de su contrato por el mismo motivo.



objetiva del despido de la trabajadora embarazada, salvo que se pruebe una procedencia diferente del mismo, en dicho caso no se extiende al periodo de prueba.

El recurso de amparo se denegó en base a la doctrina del propio Tribunal en las previas sentencias 92/2008 y 124/2009, así como exponiendo un fundamento similar, al indicar que se trata de una nulidad objetiva, instaurándose así un “mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional”.⁹⁹ Rompe así mismo con lo establecido en la sentencia 173/1994.

Para concluir, como indica REY MARTINEZ, podemos incluir sentencias correspondientes a los últimos años con respecto a la protección de la trabajadora embarazada, donde encontramos la STC 162/2016, en la que el Tribunal otorga el amparo a una magistrada a quien se niega los derechos económicos y profesionales inherentes al cargo por no haber podido tomar posesión de la plaza al disponer de licencia por embarazo, o la STC 2/2017, donde también se dispensa el amparo a una trabajadora a la que, con posterioridad a su embarazo y maternidad, se le impide ejercer su derecho preferente de modificación de las condiciones laborales reconocido por convenio.¹⁰⁰

4.2 Factor esfuerzo físico

Con relación al factor esfuerzo físico, una llamativa decisión observamos en la STC 198/1996, de 3 de diciembre, que trata el caso de una mujer que desempeñaba el cargo de auxiliar administrativo en la administración autonómica madrileña. Dicha administración, al decidir asignar a los auxiliares administrativos el puesto de “basculero”, y siendo para este trabajo necesaria una fuerza física superior a la de la empleada, decide resolver el contrato con la misma. El Tribunal en este caso no estima el recurso de amparo, ya que no considera presencia de discriminación indirecta al poder optar al puesto tanto mujeres como hombres, igualmente retribuidos y tratarse de una medida para acabar con la segregación ocupacional en dichos puestos, no pudiendo considerar discriminatorio que requieran estos una mayor fuerza física con la que no cuenta la empleada.

⁹⁹ STC 173/2013, de 10 de octubre; FJ 3

¹⁰⁰ REY MARTÍNEZ, F. (2017) “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018” p. 149



Vicente Gimeno redacta un voto particular indicando que “cuando se oferta un puesto que no requiere esfuerzo físico alguno y posteriormente se le obliga a la mujer a realizar otro (aunque se encuentre dentro de la misma categoría profesional) que no puede ejercitar porque carece de la fuerza necesaria, y se procede, por esa sola causa, a su despido, el empleador ha creado, en la práctica, una discriminación por razón de sexo que debiera haber sido amparada por este Tribunal”

5. Conciliación de la vida laboral y familiar

Con respecto a la actualidad del asunto, como afirma ANTOÑANZAS, vicesecretaria de UGT, en este último año, “con la entrada en vigor de la nueva regulación aprobada en el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres para los permisos por nacimiento y cuidado del menor de 12 meses, con anterioridad denominados permisos por maternidad y paternidad, se da un paso importante para conseguir la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres y el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores. Aun así, sin que veamos su cumplimiento completo y efectivo hasta 2021.”¹⁰¹

Recapitulando en la jurisprudencia relevante en este aspecto, debemos destacar la STC 109/1993, de 25 de marzo, que reconoce el permiso de lactancia exclusivo a la progenitora, recogido en el art 37.4 de la Ley 8/80, de 10 de marzo, del ET, como una medida de acción positiva, y expone lo siguiente, mencionado en variedad de sentencias posteriores: “la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre”.¹⁰² El trabajador, por su parte, reclamaba su derecho laboral a solicitar el beneficio horario para dar lactancia artificial a su hija. Explica BUSTOS BOTTAI que “Es oportuno destacar que este asunto sirvió para provocar un debate que derivó en la reforma de la Ley 3/1989, de 3 de marzo. Esta Ley amplió el permiso por maternidad y estableció medidas para favorecer la igualdad

¹⁰¹ ANTOÑANZAS, C. (2019). “Paso a paso hacia la corresponsabilidad.”

¹⁰² STC 109/1993, de 25 de marzo; FJ 4



de trato de la mujer en el trabajo. El referido artículo contiene el siguiente inciso final: *Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por el padre o por la madre en el caso de que ambos trabajen*. Sin embargo, no obstante, esta reforma y el riesgo, reconocido por el propio TC en su fundamentación, de consolidar una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares, se terminó afirmando que el precepto cuestionado no era discriminatorio. La decisión se fundamentó especialmente en la realidad biológica y en la necesidad de adoptar medidas a favor de un colectivo desaventajado como lo son las personas de sexo femenino en el ámbito laboral.”¹⁰³ (2007; 139) La argumentación llevada a cabo en los fundamentos jurídicos de esta sentencia creó la división de opiniones de los magistrados, ya que surgió el voto particular de Vicente Gimeno (apoyado por Fernando García-Mon, Carlos de la Vega y Eugenio Díaz Eimil), que consideraban discriminatorio por razón de sexo dicha disposición ya consideraban que los trabajadores varones también contaban con la posibilidad de alimentar artificialmente a sus hijos. Alegan que este derecho de lactancia, de ser otorgado exclusivamente a la mujer trabajadora, “se vuelve contra ella misma, ya que a nadie se le oculta que, para un empresario poco escrupuloso con el principio de igualdad, siempre le será `más rentable´ contratar a hombres que a mujeres trabajadoras dado el incremento de los costes laborales que por esta causa y por otras biológicas (las bajas por maternidad) las mujeres siempre ocasionan”. En base a lo que dicha concesión única del permiso de lactancia a la trabajadora podemos considerarla más bien una medida falsamente protectora, y no una acción positiva.

Como indica REY MARTINEZ¹⁰⁴, resulta reseñable que en los dos casos principales considerados como compensatorios, que no son otros que el de plus de guardería (STC 128/1987) y el permiso de lactancia recién mencionado, supongan dos beneficios para el género femenino sobre todo a la hora de conciliar la vida laboral de la mujer con las actividades familiares, y no tanto a su promoción práctica y positiva en el trabajo fuera del entorno doméstico (de donde surge el auténtico problema de la desigualdad en este aspecto).

Con respecto al concepto de discriminación indirecta por razón de sexo en este

¹⁰³ BUSTOS BOTTAI, R. (2007) “*Discriminación por razón de sexo y acciones positivas...*” p. 139

¹⁰⁴ REY MARTINEZ, F (2010). “*Igualdad entre mujeres y hombres...*” p. 35



ámbito, se estima en la STC 240/1999, de 20 de diciembre, el derecho de excedencia que le había sido denegado a una interina con antigüedad de cinco años para la conciliación de la vida laboral y familiar, ya que “cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas”¹⁰⁵ (FJ 6).

Por lo tanto, se trata de un caso de discriminación indirecta por razón de sexo, ya que podemos apreciar que la mayor parte de los solicitantes de esta clase de excedencia lo representan mujeres que intentan conciliar su vida familiar y el cuidado de los niños con el trabajo. Por ende, podemos concluir que, al no conceder dicha excedencia, no se promueve otra cosa que la salida de la mujer del mercado de trabajo por una razón que, a los varones, al no demandar esta excedencia de forma general, entendemos que no les perjudica.

Además, el Tribunal fundamenta jurídicamente la dimensión constitucional el derecho de excedencia para cuidar a los hijos menores, insistiendo en que tiene como objetivo la efectividad del deber de atender a los hijos por los progenitores (art. 39.3 CE), dar garantía a la unidad familiar (art. 39.1 CE) y ayudar a conciliar su vida familiar y laboral (art. 39.1 y 9.2 CE)¹⁰⁶ (FJ 7).

Sobre la reducción de jornada para el cuidado del hijo menor, resulta destacable la STC 3/2007, de 15 de enero¹⁰⁷, que afirma que conciliación entre la vida personal y profesional resulta de la prohibición de discriminación sexual incluida en el art. 14 CE.

El TC decide reconocer el derecho a la no discriminación indirecta por razón de sexo de la demandante contra la empresa “Alcampo”, ante su negativa a concederle el ejercicio de un derecho a la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral, en base a la decisión empresarial de no acceder, en los términos solicitados, a la reducción de

¹⁰⁵ STC 240/1999, de 20 de diciembre; FJ 6

¹⁰⁶ *Íbidem*; FJ 7



jornada por guarda legal de un hijo menor de seis años solicitada por la trabajadora.

Se trata de un caso mediático ya que dio lugar a la sentencia de 19 de febrero de 2013 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que condenó a España al pago de 16.000 euros por daños morales a la cajera del centro comercial, con motivo de no haber aplicado por parte del juzgado de primera instancia esta sentencia estimatoria del TC para obtener la reducción de jornada que le permitía cuidar de su hijo, mostrando su desacuerdo ante dicha decisión.

Sobre la baja por paternidad, se ha pretendido igualar temporalmente a la baja por maternidad, alegando el carácter discriminatorio de la misma, como se da en el caso de la STC 111/2018, de 17 de octubre,¹⁰⁸ en la que el actor reclama el derecho a disfrutar la prestación de seguridad social por paternidad tras el nacimiento de su hijo, introducida por la Ley Orgánica 3/2007, con la misma duración que la establecida para el permiso por maternidad, e indica que supone un trato desigual carente de justificación razonable y proporcionada, que además tendría un impacto negativo sobre la conciliación de la vida familiar y laboral. A pesar de ello, el TC decide desestimar el recurso, indicando que las situaciones comparadas no son equiparables y por ello no supera dicha cuestión el juicio de igualdad.

Indica el TC que “en el supuesto de parto la finalidad primordial estableciendo el derecho de la mujer trabajadora a suspender su contrato con reserva de puesto de trabajo durante dieciséis semanas ininterrumpidas, así la correspondiente prestación por maternidad de la seguridad social tiene como finalidad preservar la salud de la mujer durante su embarazo y después de este, considerando que una reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para su completa recuperación, con objeto de conservar sus derechos laborales, exigencia derivada del artículo 39.2 CE”¹⁰⁹ (FJ 7)

“El establecimiento de un permiso por paternidad obedece a una finalidad diferente: favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la

¹⁰⁸ El actor reclama el derecho a disfrutar la prestación de seguridad social por paternidad tras el nacimiento de su hijo, introducida por la Ley Orgánica 3/2007, con la misma duración que la establecida para el permiso por maternidad, e indica que supone un trato desigual carente de justificación razonable y proporcionada, que además tendría un impacto negativo sobre la conciliación de la vida familiar y laboral.

¹⁰⁹ STC 111/2018, de 17 de octubre; FJ 7



corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes (art. 39.3 CE). Por tanto, no se trata de proteger la salud del trabajador, sino de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos.”¹¹⁰

Surge un voto discrepante en concordancia con nuestra opinión por parte de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, que considera que hubiera sido preciso plantear una cuestión interna de constitucionalidad ante este derecho vulnerado que denuncia el actor, ya que se produce por el TC una valoración “injustificada y desincentiva de la contratación de mujeres en edad fértil”, que resulta “ajena a una realidad mucho más compleja”, perdiendo “la ocasión de explicar por qué las medidas de protección de la paternidad, cuando se asocian exclusivamente a las mujeres, si bien pueden suponer una garantía relativa para quienes ya están en el mercado laboral, se erigen como una clara barrera de entrada a quienes están fuera y un obstáculo a la promoción de quienes están dentro, porque generan un efecto desincentivo en quien contrata que sólo afecta a las mujeres, incidiendo en la discriminación laboral”. Afirma que el hecho de que, en los casos de adopción, en los que no se da dicha situación biológica de “parto”, se prevé de igual forma la duración íntegra de dieciséis semanas, lo cual “no corrobora la argumentación contenida en la sentencia”. De forma que “no se trata de asegurar al padre el disfrute de su derecho a conciliar la vida familiar y laboral, sino de repartir entre padre y madre el coste laboral que la decisión de tener descendencia tiene en las personas, de modo tal que dicha decisión impacte igual tanto en el hombre como en la mujer”.

Finalmente, nos gustaría destacar en este contexto las SSTC 24/2011 y 26/2011, sobre el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo.

En el primer caso, la demandante contaba con una antigüedad de 14 años en la empresa Telefónica, cuando dio a luz a su hija formando una unidad familiar monoparental. Ante el rechazo a su solicitud de adscribirse al turno de mañana, decide demandar al empleador, apelando la falta de aplicación del art. 34.8 LET, que indica que “*El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y*

¹¹⁰ *Íbidem*



laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella.”

La demanda resulta poco exitosa, indicando el TS de Justicia de Castilla-La Mancha que la relación jurídica “que permite adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, situaciones más amplias en cuanto que incluyen también la vida personal, y que queda sujeta a la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando en su caso lo previsto en aquella”¹¹¹ (Niembro Ortega; 2012). Surge así la STC 24/2011, de 14 de marzo, solicitando la demandante la aplicación doctrinal de la anterior comentada STC 3/2007, lo cual se deniega en base a que es el citado un caso de reducción de jornada reconocido en el art. 37.5 LET.

La Sala decide desestimar el recurso de amparo, citando los límites aplicables al art. 34.8 LET “*en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquella”*.”

En el caso de la STC 26/2011, de 14 de marzo, le es denegado al demandante la opción de cambiar su jornada a horario nocturno con el fin de conciliar su vida laboral y familiar, con hijos de corta edad, sin considerar la concurrencia de aspecto discriminatorio. Interpuesto el recurso de amparo, indica NIEMBRO ORTEGA que el TC “consideró que el hecho de que los órganos judiciales se hayan limitado a decir que la normativa aplicable no reconoce un derecho directo del trabajador a elegir cambio de turno, y no se hayan planteado si la cuestión constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias personales, supuso no valorar adecuadamente la dimensión constitucional del asunto planteado.”¹¹² (2012; 362), desembocando dicho planteamiento en fallo estimatorio, desencadenando un voto particular discrepante, al no apreciar el hecho de diferenciación suficiente para considerarlo discriminatorio.

¹¹¹ NIEMBRO ORTEGA, R.; SOBERANES DIEZ, J. (2012) “*Discriminación por razón de sexo y conciliación de la vida familiar y laboral*” p.387

¹¹² *Íbidem* p. 362



Indica SOBERANES DÍEZ¹¹³, que ambas sentencias se contradicen, ya que en la primera se aprecia como base de la problemática las circunstancias personales; Y en la segunda se vincula a la discriminación por razón de sexo, lo cual explica la diferencia en el resultado.

Por otro lado, según NIEMBRO ORTEGA parece que “para hacer corresponsable al hombre del cuidado de los hijos, hay que aceptar que se trata de una discriminación por circunstancias personales, tal y como lo hace el Tribunal. Y eso, como dice el magistrado Pérez Tremps, tampoco parece muy plausible, pues “la circunstancia de tener dos hijos de corta edad no parece que históricamente haya supuesto una diferenciación que haya colocado a un sector de la población, los hombres, en una situación contraria a la dignidad de la persona que permita identificarla como una categoría discriminatoria”¹¹⁴ (2012; 411). Considera dicho autor que “el fallo de la Sala Primera (STC 26/2011) atiende al canon que intencionadamente aplicó con el fin de entrar a valorar la ponderación que hicieron los órganos judiciales anteriores. Esto es, con tal de evitar la distribución sexista de los roles que la planteaba el caso, la Sala Primera enmarcó el problema como una cuestión de discriminación para poder realizar un examen más estricto de la ponderación judicial.”¹¹⁵ (ídem, 413). Desde su punto de vista, la cuestión debería haber sido enjuiciada desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, en igualdad a la decisión de la STC 24/2011 comentada anteriormente.

V. REFLEXIONES FINALES

En la línea de decisión seguida por el TC, cuando se trata de identificar si una medida es legítima, se lleva a cabo el test de igualdad, mediante el cual pretende comprobar si en la diferencia adoptada, motivo de recurso, se aprecia justificación razonable y objetiva, así como si gozan de proporcionalidad las medidas adoptadas y los fines perseguidos; En cuanto al principio de no discriminación por razón de sexo, ha incidido en su distinción con el derecho fundamental de igualdad. Así, la diferencia aplicada debe probarse por el empleador, al invertirse la carga de probar una motivación

¹¹³ *Íbidem* p. 403

¹¹⁴ *Íbidem* p. 411

¹¹⁵ *Íbidem* p. 413



es relevante y proporcional al fin perseguido.

En su línea argumentativa, el TC distingue:

1. La jurisprudencia equiparadora, ante discriminaciones directas e indirectas. Con respecto a las discriminaciones directas, se atribuyen a las medidas que están expresamente relacionadas con el sexo de la persona. En el caso de discriminaciones indirectas, cuyo término surge en la STC 145/1991, se ha mostrado una mayor dificultad de identificación por el TC, que ha adoptado la medida de “a igualdad de valor en el trabajo, igualdad de remuneración” (STC 58/1994), así como la inversión de la carga de la prueba (Ídem). En base a esta dificultad de identificación, el TC ha mostrado incongruencias (SSTC 286/1994 y 198/1996, por todas) en las que no reconoce dicha discriminación pese a apoyarse en casos reconocidos anteriormente.
2. La jurisprudencia compensadora, ante las acciones positivas. Estas, introducidas por la STC 128/1987, dan lugar a la mayor problemática interpretativa del TC, al pretender la integración de colectivos en desventaja social mediante la aplicación de ciertas medidas favorables. Es necesaria la distinción de estas acciones positivas con las ilícitas medidas “paternalistas o falsamente protectoras”, que atribuyen a la mujer un papel de ser inferior, necesitado de ventajas favorecedoras que, en realidad, perpetúan su situación de inferioridad social. Las acciones positivas deben limitarse a una revisión periódica, y se hace preciso distinguir con aquellas acciones que, suponiendo medidas favorables para un colectivo, ocasionan una desventaja hacia otro, dando lugar a una discriminación inversa; Esta jurisprudencia compensadora hace preciso el test de las medidas “paternalistas o falsamente protectoras”, para cerciorar la aplicación de auténticas acciones positivas, aunque dicha distinción, como se ha demostrado en las decisiones del TC, no es siempre nítida.

En base a la línea argumentativa llevada a cabo por el TC, observamos que la jurisprudencia en materia de discriminación por razón de sexo es abundante y garantista, sobre todo atendiendo a las situaciones de embarazo. Sin embargo, no podemos concluir que los pronunciamientos generales emitidos denoten seguridad jurídica, al expresar una falta de precisión en el control llevado a cabo por el TC de las



categorías del derecho antidiscriminatorio, ya que no consideramos que sus modelos conceptuales, que han venido aplicándose en la línea jurisprudencial estudiada, resulten correctamente pulidos. Al llevar a cabo la aplicación de diferentes modelos en cada caso, y ser estos difíciles de identificar, resulta difícil seguir una línea jurisprudencial coherente. Por ello, podemos observar ocasiones en las que basa su opinión en un fundamento anterior, resultando razonadamente incoherente al intentar seguir su misma línea, al no concordar con lo argumentado en el fallo citado. Este hecho nos lleva a pensar que sería quizá más oportuno construir un solo modelo como base de fundamento de sus decisiones.

Por último, no podemos pasar por alto ante la cuestión de igualdad la carencia de paridad en la propia composición del TC, que muestra una desequilibrada representación de diez magistrados y dos magistradas. Este hecho no representa, evidentemente, un ejemplo de aplicación del mínimo de un cuarenta por ciento y máximo de sesenta por ciento de cada sexo exigido para una composición equilibrada por la LO 3/2007, que resulta inservible si, desde el pleno que tutela nuestros derechos, no se aplica. Un Tribunal Constitucional desigual, difícilmente va a garantizar la igualdad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANTOÑANZAS, C. (2019) *“Paso a paso hacia la corresponsabilidad.”* *Contrainformación* (<http://www.ugt.es/paso-paso-hacia-la-corresponsabilidad>)
- ANTOÑANZAS, C. (2019) *“Golpe a golpe pero no se acaba con la discriminación.”* *Contrainformación* (<http://www.ugt.es/golpe-golpe-pero-no-se-acaba-con-la-discriminacion>)
- ARPAL ANDREU, J. (2007) *“Discriminación por razón del sexo en el trabajo con motivo de embarazo y maternidad: Doctrina del Tribunal Constitucional.”* Madrid.
- BUSTOS BOTTAI, R. (2007) *“Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad efectiva”* *Universitas*. 2007. *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 6.
- CASTILLO, M. d. (2008) *“Mujeres, trabajos y empleos en tiempos de*



globalización” Icaria.

- ELÓSEGUI ITXASO, M. (1998) *“Igualdad y diferencia hombre-mujer según el tribunal Constitucional Español”* Revista Vasca de Administración Pública.

- LÓPEZ TARRUELLA, V. (1990) *“La necesaria reforma de la pensión de vejez a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional”* Relaciones Laborales V.II

- LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M. (2007) *“La igualdad real y efectiva desde la perspectiva del género en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán y el tribunal constitucional español”* Madrid. Anuario Jurídico y Económico Escurialense.

- NIEMBRO ORTEGA, R.; SOBERANES DIEZ, J. (2012) *“Discriminación por razón de sexo y conciliación de la vida familiar y laboral: las sentencias 24/2011 y 26/2011 del Tribunal Constitucional español”* Cuestiones constitucionales.

- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2012) *“El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”* Lan Harremanak

- OLLERO, A. (1998) *“Discriminación por razón de sexo.”* Universidad de Granada.

- PANIZO ROBLES, J. A. (2013) *“Las nuevas reglas de Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial”* Laboral Social. Valencia.

- PÉREZ DEL RÍO, T. (2005) *“La discriminación por razón de género en el empleo y las condiciones de trabajo”* Gaceta sindical: reflexión y debate.

- PEREZ DEL RÍO, T. (1996) *“Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el asunto "Fontaneda" Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social.*

- PEREZ DEL RIO. T. (2007) *“Igualdad entre hombres y mujeres, transversalidad de género y acción positiva en la lo 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.”* Cádiz. jornada de mujeres y hombres sindicalistas 12 y 13 de junio de 2007. Consejo económico y social.

- REY MARTINEZ, F. (1995) *“El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”* Madrid. McGraw Hill.

- REY MARTINEZ, F (2010) *“Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”* Revista Derecho del Estado nº 25.



- REY MARTINEZ, F. (2018) *“Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018.”* UNED. Revista de derecho político n.100.

- RUBIO CASTRO, A. (2008) *“La discriminación indirecta y el orden patriarcal”*, ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre discriminación por razón de sexo y procedimiento jurídico, organizado por la Defensoría para la Igualdad del País Vasco.

- RUIZ MIGUEL, A. (1996) *“La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*. Doxa. N. 19

JURISPRUDENCIA

1982 STC 81/1982, de 21 de diciembre

1983 STC 7/1983, de 14 de febrero

1983 STC 103/1983, de 22 de noviembre

1986 STC 38/1986, de 21 de marzo

1987 STC 128/1987, de 16 de julio

1987 STC 207/1987, de 22 de diciembre

1988 STC 166/1988, de 26 de septiembre

1988 STC 241/1988, de 19 de diciembre

1989 STC 19/1989, de 31 de enero

1990 STC 142/1990, de 23 de octubre

1990 STC 184/1990, de 15 de noviembre

1991 STC 145/1991, de 1 de julio

1991 STC 216/1991, de 14 de noviembre

1992 STC 28/1992, de 9 de marzo

1992 STC 229/1992, de 14 de diciembre



- 1993 STC 3/1993, de 14 de enero
- 1993 STC 109/1993, de 25 de marzo (repite)
- 1994 STC 173/1994, de 7 de junio
- 1994 STC 286/1994, de 28 de noviembre
- 1994 STC 317/1994, de 28 de noviembre
- 1994 STC 58/1994, de 28 de febrero
- 1995 STC 147/1995, de 16 de octubre
- 1996 STC 136/1996, de 23 de julio
- 1996 STC 198/1996, de 3 de diciembre
- 1999 STC 41/1999, de 22 de marzo
- 1999 STC 240/1999, de 20 de diciembre
- 2000 STC 250/2000, de 30 de octubre
- 2000 STC 183/2000, de 10 de julio
- 2001 STC 20/2001, de 29 de enero
- 2002 STC 41/2002, de 25 de febrero
- 2003 STC 17/2003, de 30 de enero
- 2004 STC 161/2004, de 4 de octubre
- 2004 STC 253/2004, de 22 de diciembre
- 2005 STC 182/2005, de 4 de julio (mirar repetición)
- 2006 STC 84/2006, de 27 de marzo
- 2006 STC 214/2006, de 3 de julio
- 2007 STC 3/2007, de 15 de enero
- 2007 Auto de 17 de abril de 2007
- 2008 STC 233/2007, de 5 de noviembre



- 2008 STC 92/2008, de 21 de julio
- 2009 STC 124/2009, de 18 de mayo
- 2011 STC 24/2011, de 14 de marzo
- 2011 STC 26/2011, de 14 de marzo
- 2013 STC 61/2013, de 14 de marzo
- 2013 STC 173/2013, de 10 de octubre
- 2014 STC 66/2014, de 5 de mayo
- 2014 STC 92/2014, de 10 de junio
- 2016 STC 162/2016 de 3 de octubre
- 2017 STC 2/2017, de 16 de enero
- 2018 STC 111/2018, de 17 de octubre
- 2019 STC 91/2019, de 3 de julio