

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

15675 *Sala Segunda. Sentencia 108/2019, de 30 de septiembre de 2019. Recurso de amparo 2925-2018. Promovido por doña María del Carmen Santacreu Tomás respecto de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que desestimó en suplicación su demanda de tutela de derechos fundamentales. Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo: resolución del Instituto Nacional de Estadística que impidió la incorporación a una plaza obtenida en proceso selectivo sin valorar adecuadamente que la adjudicataria se hallaba en situación de baja por maternidad.*

ECLI:ES:TC:2019:108

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Encarnación Roca Trías, presidenta y los magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2925-2018, promovido a instancia de doña María del Carmen Santacreu Tomás, representada por la procuradora de los tribunales doña Isabel Cañedo Vega y asistida por la letrada doña Gisela Fornes Ángeles, contra la sentencia de 10 de enero de 2017 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, núm. 20/2017, dictada en el recurso de suplicación núm. 3116-2016. Ha comparecido el abogado del Estado y ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré.

I. Antecedentes

1. En fecha 24 de mayo de 2018 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal la demanda de amparo presentada por la procuradora de los tribunales doña Isabel Cañedo Vega, en nombre y representación de doña María del Carmen Santacreu Tomás contra la sentencia de 10 de enero de 2017 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, núm. 20/2017, dictada en el recurso de suplicación núm. 3116-2016, que, con estimación del recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de Estadística, acordó revocar y dejar sin efecto la anterior sentencia de 23 de junio de 2016, del Juzgado de lo Social núm. 7 de Valencia, pronunciada en los autos núm. 447-2016 sobre tutela de derechos fundamentales y que había estimado parcialmente la pretensión de la actora por discriminación por razón de sexo.

2. Los hechos en los que se fundamenta la demanda, que no han sido controvertidos por las partes y que aparecen recogidos en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, sucintamente expuestos, son los siguientes:

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

La demandante en amparo, en fecha 4 de agosto de 2015, presentó escrito comunicando al INE su imposibilidad de incorporarse al trabajo por haber dado a luz una hija, el día 25 de julio de 2015, manifestando expresamente que no renunciaba a la plaza y solicitando la reserva de la misma hasta el momento en que se pudiera incorporar, sin que se procediera, por tanto, a la adjudicación de la plaza a la siguiente candidata. En fecha 5 de agosto de 2015, la secretaria general del INE comunicó a la actora por escrito lo siguiente:

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

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

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

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

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

c) El Juzgado de lo Social núm. 7 de Valencia dictó sentencia de 23 de junio de 2016, estimando parcialmente la pretensión actora. Razonaba la juzgadora que (i) la actora no llegó a formalizar la relación laboral con la demandada al no incorporarse y no firmar el contrato; (ii) que los empleados públicos de carrera tienen derecho a la reserva de la plaza cuando toman el periodo de incapacidad temporal por baja por maternidad de la misma manera que lo tiene reconocido el personal laboral al servicio de las administraciones públicas, según dispone el artículo 42 del convenio aplicable (tercer convenio único de la Administración General del Estado); (iii) que la actora en ningún momento tuvo voluntad de renunciar a la plaza, limitándose a manifestar los motivos por los que no podía incorporarse de forma inmediata y que le asistían para su derecho de incapacidad temporal; (iv) que tales motivos en modo alguno formaban parte de los que, según las bases de la convocatoria, permitirían pasar al siguiente seleccionado y ofrecerle la plaza, y, en fin, (v) que la discriminación se causó al estar relacionado el perjuicio laboral y la razón de maternidad acreditada que adujo la interesada para su no incorporación.

En atención a todo ello estimaba parcialmente la demanda, declarando la violación del art. 14 CE, por la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, con reconocimiento de la relación jurídica con efectos retroactivos al momento de la selección en fecha 3 de agosto de 2015, condenando a la demandada al abono de 12 791 € como retribuciones que le corresponderían y al abono de las cotizaciones a la seguridad social, así como a una indemnización de 25.000 € por daños morales (menor que la que se solicitaba en la demanda).

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

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 10 de enero de 2017, estimó el recurso del INE, que fue absuelto, dejando sin efecto la sentencia de instancia. Su razonamiento, tras indicar que concurrían efectivamente indicios de discriminación (el propio biológico de la maternidad en conexión con el escrito de la demandante de 4 de agosto, manifestando su imposibilidad de incorporación al trabajo), consiste en lo siguiente:

«Ahora bien, aun considerando que la actuación de la empresa es indiciaria en el sentido antes apuntado, tales indicios quedan neutralizados y no llegan a desplegar su virtualidad desde el momento en que la demandante, en base a una declaración unilateral, no ha tomado posesión de su plaza, ni ha formalizado el contrato de interinidad previsto, ni otro tipo de vínculo laboral alguno».

Y añade a renglón seguido:

«[E]l INE ha probado que su actuación obedeció a unas determinadas razones que están alejadas de un ánimo atentatorio al derecho a no discriminación por razón de sexo y de la maternidad. [...] En este orden de cosas, esta Sala, siempre en el plano de la legalidad constitucional y no de la legalidad ordinaria en la que no entra por encontrarnos en un proceso de Tutela de Derechos Fundamentales, entiende razonable y alejada de un ánimo discriminatorio, la negativa de la Administración a estimar las pretensiones de la actora, dado que la misma, como hemos adelantado no tenía establecido vínculo jurídico con el INE. Sin prejuzgar el resultado de un proceso ordinario sobre adjudicación de plaza, lo cierto es que: a).—la superación de un concurso-oposición, sin la firma de un contrato o la toma de posesión, es un proceso incompleto; b).—antes de constituir el vínculo con la administración, no está legalmente prevista una reserva de "primera posición alcanzada en la lista" ni de nombramiento de sustituto/a al que va a ser el/la sustituto/a. En cuanto a los "motivos" que tiene la aspirante para no formalizar el contrato, debemos resaltar que los mismos (muy respetables y dignísimos) son propios y particulares de la misma. Se alega imposibilidad de incorporación al trabajo por haber dado a luz a una hija; y con independencia de que tal imposibilidad no consta en el relato fáctico (más allá del cómputo matemático que podemos hacer de 10 días entre el alumbramiento y el escrito presentado —no con la posible firma del contrato—), lo bien cierto es que por sí misma, tal alegación de parte (la imposibilidad), no determina la violación del derecho a la igualdad por razón de sexo, porque la administración, con su actuar, no está vulnerando el derecho a la maternidad sino que la decisión de contratar a la siguiente en la lista fue tomada por la no incorporación al trabajo de la demandante. [...] Es más, la empresa al contratar a la segunda aspirante, ha formalizado un contrato con una mujer que es madre, ya que al poco tiempo pidió la reducción de jornada por guarda legal.

En definitiva, el que la empresa, ante la no efectiva incorporación de la demandante, procediera a contratar a la siguiente aspirante por orden de puntuación en la lista, atañe a un tema de legalidad ordinaria, 1a cual puede incumplirse sin que exista una motivación discriminatoria».

Se estimaba, con base en ello, el recurso del INE.

e) El sucesivo recurso de casación para la unificación de doctrina fue inadmitido por auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 2018, por falta de la contradicción exigida en el art. 219 de la Ley reguladora de la jurisdicción social.

3. El recurso se dirige contra la sentencia de 10 de enero de 2017 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por vulneración del principio de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE.

La demanda de amparo considera que la sentencia recurrida resulta contraria a la jurisprudencia constitucional y europea, al decidir que no hay vulneración del derecho fundamental alegado porque fue decisión de la demandante la de no incorporarse al trabajo y no se inició por ello la relación laboral, y porque concurrían razones de urgencia en el servicio y no motivación discriminatoria, quedando entonces la cuestión encuadrada en el ámbito de la legalidad ordinaria.

A su juicio, en cambio, es manifiesta la vulneración del art.14 CE, a cuyo fin cita la STC 214/2006, de 3 de julio, y la STC 66/2014, de 5 de mayo, en relación con decisiones empresariales en materia de contratación aún sin encontrarse vigente una relación laboral (FJ 3), pues de ellas se desprendería que no solo cuando está en curso una relación laboral puede generarse una conducta de esta naturaleza discriminatoria. Por ello, afirma el recurso, la sentencia recurrida yerra al reconducir al ámbito de la legalidad ordinaria el debate sobre el derecho de la demandante a formalizar un contrato con el INE tras obtener el primer puesto en el proceso selectivo y, asimismo, a la idea de que correspondía a la demandante buscar la medida adecuada para la situación de imposibilidad de incorporación al trabajo que provocaba su maternidad, toda vez que

resultaría, muy antes al contrario, que corresponde inicialmente a la administración ofrecer medidas alternativas razonables a la situación específica de la trabajadora derivada de la maternidad, que neutralicen una posible vulneración del principio de no discriminación del art. 14 CE. Era, por tanto, el INE el obligado a dar curso a una solución no discriminatoria para la petición formulada por la demandante cuando esta manifestó que, a causa de su reciente maternidad, no podía trabajar pero no renunciaba a la plaza. La empleadora (administración pública) debió ofrecer el mecanismo adecuado, como podía haber sido la contratación de la demandante y reconocimiento sucesivo de sus derechos de maternidad.

Se habría producido, por consiguiente, la lesión directa del artículo 14 CE, una vez acreditado que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador frente a ello la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio, como ocurre con las alegadas razones de urgencia en la cobertura del puesto o con las de falta de previsión normativa de reserva del puesto de trabajo sin mediar una previa contratación. Tampoco, en el mismo sentido, puede alcanzar relevancia alguna la intención o no de discriminar a la demandante, pues lo decisivo es que la demandante sufrió un trato peyorativo como consecuencia de su reciente parto (existe lesión objetiva, más allá de la intencionalidad lesiva, como recuerda la STC 2/2017, de 16 de enero).

Por todo ello se solicita la declaración de vulneración del art. 14 CE y la anulación de la sentencia de suplicación recurrida, con la consiguiente firmeza de la sentencia de 23 de junio de 2016 del Juzgado de lo Social núm. 7 de Valencia.

4. Por providencia de 14 de enero de 2019, la Sala Segunda, Sección Cuarta de este Tribunal, acordó la admisión a trámite del recurso de amparo, apreciando que «concorre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)]». Y a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y al Juzgado de lo Social núm. 7 de Valencia a fin de que, en plazo no superior a diez días, remitieran certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes, respectivamente, al recurso de casación núm. 2043-2017, recurso de suplicación núm. 3116-2016 y procedimiento núm. 447-206, solicitando al último órgano judicial citado que emplazase a quienes hubiesen sido parte en el procedimiento para que, en el plazo de diez días, pudieran comparecer, si así lo deseaban, en el recurso de amparo, excepto a la parte recurrente en amparo.

5. Por medio de escrito que tuvo entrada el día 5 de febrero de 2019 en el registro general de este Tribunal, se personó en el recurso de amparo el abogado del Estado, solicitando, en la representación que ostenta, que se le tuviera por parte en el proceso constitucional y que se entendieran con él las sucesivas diligencias.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaria de Justicia de la Sala Segunda de 14 de julio de 2016, se tuvo por personado y parte en la representación que ostenta al abogado del Estado y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, en la misma diligencia se acordó dar vista de todas las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por un plazo común de veinte días, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que estimaran pertinentes.

7. En fecha 15 de abril de 2019 presentó su escrito en el registro general de este Tribunal la representación de la demandante de amparo, en el que insiste en las alegaciones de la demanda, destacando que la discriminación se produce en el marco del acceso al empleo y que fue ocasionada por una entidad pública, habiendo olvidado por completo, tanto la administración como la sentencia recurrida, la dimensión constitucional del asunto.

8. El día 22 de abril de 2019 presentó su escrito de alegaciones el abogado del Estado, interesando la desestimación del recurso.

A su parecer, el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007, que desarrolla el artículo 14 CE, así como la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, exigen, para apreciar discriminación por razón de sexo, que el sexo o circunstancias ligadas a él como el embarazo sean el verdadero motivo, causa o fundamento de la decisión desfavorable o minusvaloración laboral. Señala asimismo que para determinar si ello es o no así el Tribunal Supremo viene aplicando (tanto antes como después de la Ley Orgánica 3/2007) el test de sustitución, consistente en sustituir el sexo del sujeto para ver si la decisión adoptada resultaría ser o no la misma.

Bajo esas circunstancias, entiende que no cabe encontrar una motivación discriminatoria en la decisión del INE. Por el contrario, afirma, dicha decisión se tomó porque fue la propia trabajadora la que rehusó incorporarse al puesto de trabajo, negándose a constituir la relación laboral y pretendiendo una reserva de plaza que no era posible, solicitando que no se le adjudicase el puesto a otra persona. Todo ello pese a que esa intención frustraba la finalidad del proceso selectivo y perjudicaba al INE, dada la «urgencia e inmediatez» con que debía cubrirse el puesto de trabajo. Por lo demás y desde el prisma del test de sustitución, el resultado habría sido el mismo si la plaza hubiera obtenido un varón y se hubiera negado a la incorporación al puesto de trabajo por la razón que fuera (sufrir una lesión, pone como ejemplo el escrito de alegaciones). En ambos casos por igual, aunque se afirmase que no se renuncia a la plaza, eso sería precisamente lo que se estaría haciendo.

Adicionalmente, recuerda que la persona contratada en lugar de la actora era de su mismo sexo, y concurría en ella igualmente la condición de madre, lo que de nuevo demostraría que la decisión del INE no tenía una finalidad discriminatoria y ello porque el sexo o circunstancias relativas a él no constituían su causa o fundamento.

Con todos esos razonamientos estima que el amparo no debe ser otorgado.

9. El día 26 de abril de 2019 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, interesando el otorgamiento del amparo.

En primer lugar, estima el fiscal que se debe dilucidar si, como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, la falta de contratación se puede achacar a la actuación de la demandante, por no presentarse a tomar posesión de su plaza y formalizar el contrato, o bien se puede considerar que es la administración la que, con su actuación, limita o pone trabas a la demandante para el ejercicio de su derecho al acceso al puesto de trabajo, por su situación de reciente maternidad. A su juicio, esta última es la respuesta correcta a ese interrogante, dado que la administración perjudicó a la trabajadora por tener la honradez de informar, antes de ser contratada, de una circunstancia que afectará al desempeño de su trabajo, más cuando la empleadora no le dio la opción de incorporarse y pedir la baja por maternidad ya desde la primera comunicación, en la que el INE puso de manifiesto, muy antes al contrario, que no procedería a la contratación si la trabajadora no estaba en disposición de desempeñar inmediatamente el puesto de trabajo, haciéndole creer que no tenía derecho a acceder a la plaza porque su reciente maternidad le impedía legalmente trabajar.

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

Tras ello, y después de recorrer la doctrina constitucional sobre discriminación por razón de sexo, subraya el fiscal que la doctrina constitucional ha considerado existente «la vulneración del derecho a la no discriminación en relación con decisiones empresariales en materia de contratación, aun sin encontrarse vigente una relación

laboral», citando a tal objeto las SSTC 214/2006, de 3 julio, FFJJ 3 y 8, y 66/2014, de 5 de mayo, FJ 5, entre otras, así como jurisprudencia europea, destacando que en la primera de aquellas, la STC 214/2006, se descartó que la imposibilidad de poder desempeñar inmediatamente el trabajo, por el permiso de maternidad, supusiera una justificación de la limitación del derecho al acceso al empleo por razón de la maternidad y por tanto de la exclusión de un escenario de discriminación por razón de sexo. También recuerda la doctrina constitucional que contempla las lesiones objetivas de los derechos fundamentales, que descarta el carácter imprescindible de una intencionalidad lesiva o motivación discriminatoria del empleador, citando en esa materia la STC 2/2017, de 16 de enero, con mayor razón cuando se trata de la administración pública (STC 66/2014, de 5 de mayo, FJ 3), pues corresponde a la administración ofrecer medidas alternativas razonables a la situación de la trabajadora derivada de la maternidad, que neutralicen una posible vulneración del principio de no discriminación del artículo 14 CE.

El fiscal, en definitiva, considera que asiste la razón a la demandante, ya que el motivo real por el que el INE no la contrató es que acababa de ser madre y no podía empezar inmediatamente a desempeñar su trabajo, según resulta de la contestación que emitió el 5 de agosto de 2015 al escrito de la recurrente, tras haberle puesto esta en conocimiento su maternidad el día anterior, lo que por las razones dichas contradice el art. 14 CE.

En atención a todo ello solicita la estimación de la demanda de amparo.

10. Por providencia de 26 de septiembre de 2019 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 30 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Es objeto del presente recurso de amparo la sentencia de 10 de enero de 2017 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, a la que la demandante imputa la vulneración de su derecho fundamental a no ser discriminada por razón de sexo, reconocido en el art. 14 CE. La resolución impugnada estimó el recurso de suplicación formalizado por el INE en el proceso judicial, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Valencia, de 23 de junio de 2016, y revocó el pronunciamiento parcialmente estimatorio de las pretensiones sostenidas por la ahora demandante de amparo que aquel había dictado, dejándolo sin efecto. La actora solicita de este Tribunal la declaración de nulidad de la sentencia de suplicación ahora impugnada, así como el reconocimiento del derecho fundamental vulnerado y su restablecimiento con un fallo que dote de plenos efectos a la sentencia dictada en instancia.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento de amparo y la declaración de que la sentencia recurrida ha vulnerado el derecho a la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), instando su nulidad por las razones que se han recogido en los antecedentes de esta resolución, oponiéndose a ello, en cambio, como en ellos fue también relatado, el abogado del Estado.

2. El art. 14 CE reconoce el derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo. El legislador ordinario, en aras de garantizar la efectividad de dicho derecho fundamental y, en sintonía con la normativa europea en vigor que busca la igualdad de trato y de no discriminación por razón de sexo, aprobó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que transpuso a nuestro ordenamiento interno las directivas en materia de igualdad de trato, 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, así como la Directiva 2004/113/CE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

Después de consagrar, con carácter general, el citado principio de igualdad de trato (artículo 3) y de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la

formación y en la promoción profesionales, así como en las condiciones de trabajo (artículo 5), la Ley Orgánica 3/2007 establece, en lo que ahora es de interés, los conceptos de lo que se entiende por discriminación directa e indirecta (artículo 6) para continuar disponiendo en su artículo 8, bajo la rúbrica «discriminación por embarazo o maternidad», que «constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad». En el mismo sentido, el vigente texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (que deroga el anterior Real Decreto Legislativo 1/1995, de 23 de marzo), en su art. 4.2 c), reconoce como derecho el de no ser discriminado directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleado, por razones de sexo, y, en su siguiente artículo 17.1, la nulidad e ineficacia, entre otros, de los actos del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta.

La doctrina constitucional ha declarado de forma reiterada y constante que este tipo de discriminación comprende no solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, y por referirnos a la última que lo afirma en esos estrictos términos, STC 2/2017, de 16 de enero, FJ 5), vinculando particularmente con esto último el embarazo y su incidencia en las condiciones de trabajo de la mujer, toda vez que se trata de un elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. En este sentido, se afirma que «la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo» (en el mismo sentido, por ejemplo, STC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 6).

Ciertamente, como destaca la ya citada STC 2/2017, FJ 5, «el artículo 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad (STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4), pero sí excluye toda distinción, trato peyorativo y limitación de derechos o legítimas expectativas de la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias, por lo que puede causar una vulneración del art. 14 CE la restricción de los derechos asociados con la maternidad o la asignación de consecuencias laborales negativas al hecho de su legítimo ejercicio, visto que el reconocimiento de esos derechos y sus garantías aparejadas están legalmente contemplados para compensar las dificultades y desventajas que agravan de modo principal la posición laboral de la mujer trabajadora».

En relación con todo ello, la STC 233/2007, de 5 de noviembre, recordaría 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 aquella tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)" (SSTC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 203/2000, de 24 de julio, FJ 6; 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4, y 3/2007, de 15 de enero, FJ 2), 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 (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 10, o 214/2006, de 3 de julio, FJ 6, por añadir otros pronunciamientos a los ya citados)» (FJ 6).

Prosigue esta STC 233/2007, FJ 6, declarando que «de esa necesidad de compensación de las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre se deduce la afectación del derecho a la no

discriminación por razón de sexo cuando se produzcan decisiones empresariales contrarias al ejercicio de un derecho de maternidad en sentido estricto, así como también cuando se den otras que resulten contrarias al ejercicio por parte de la mujer de derechos asociados a su maternidad. En efecto, el ordenamiento jurídico, además de los derechos que atribuye a las mujeres por su maternidad, reconoce otros que, si bien se conceden a ambos padres, inciden por razones sociales de modo singular en las mujeres, como demuestran los datos estadísticos» (SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 7; 203/2000, de 24 de julio, FJ 6, o 3/2007, de 15 de enero, FJ 5).

Por ello, para hacer efectiva la cláusula de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE, este Tribunal ha establecido un canon mucho más estricto y riguroso que el de la mera razonabilidad y proporcionalidad que, desde la perspectiva genérica del principio de igualdad, se exige para la justificación de la diferencia normativa de trato, que no puede confundirse, aunque sea tan común tantas veces ver que se incurre en ello. En efecto, como ha tenido ocasión de declarar este Tribunal (por citar una de tantas, STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 3), «a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad».

3. Cuando la doctrina constitucional viene acompañada de determinaciones y declaraciones como las que se han recogido en el anterior fundamento jurídico, es preciso poner conciencia en su significado, que tiene vocación tuitiva subjetiva, pues así lo implica la consagración constitucional del derecho fundamental a la no discriminación, pero también intención pedagógica y evolutiva, en orden a la afirmación del modelo de convivencia que la norma fundamental refleja. El art. 14 CE, dicho en otros términos, quiere otorgar tutela subjetiva, sin duda, pero, asimismo, modificar el estado de cosas, el modelo y la conciencia sobre la igualdad sustancial entre los seres humanos, entre los colectivos y ciudadanos, actuando contra el mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE.

En este sentido no debe olvidarse que la expresa exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 CE, y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina, pues es ese colectivo el que ha sufrido y aún sufre la relegación social o jurídica estructural frente a la que la prohibición de discriminación por razón de sexo quiere salir al paso consagrando y atribuyendo el derecho que nos ocupa, como prueban, entre tantas otras manifestaciones en distintos ámbitos, las dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción e igualdad sustancial dentro del mismo, o para la conciliación, que todavía no han desaparecido. No es necesario, ante el cúmulo de datos y pruebas que suministra la historia de nuestra sociedad, hacer ahora referencia en extenso a tales dificultades, pero su persistencia se traduce, aun hoy, e innegablemente, en una menor incorporación de la mujer al trabajo o en particulares dificultades para la conciliación, particularmente en razón de la maternidad, sin que podamos por tanto dejar de reiterar lo que, en ese sentido, ya dijéramos en la STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5, por ser todavía necesario, pese a los esfuerzos jurídicos y dinámicas sociales de transformación que innegablemente se están produciendo.

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

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

4. Expuesta la doctrina constitucional sobre la efectividad del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo, y su finalidad tuitiva y pedagógica de respuesta histórica en favor de la parificación social y jurídica que precisa la población femenina, también en el ámbito laboral, se impone ahora el enjuiciamiento de la cuestión de fondo suscitada por la demandante y, en concreto, determinar si la sentencia de la Sala de lo Social impugnada ha vulnerado el derecho fundamental invocado.

Hay una serie de factores que concurren singularmente en este caso, que le dotan de una singularidad que debe ser abordada. A partir y al hilo de ello será posible concluir si la doctrina que viene de recogerse, que podría eventualmente amparar la pretensión de la recurrente al existir una situación objetiva de restricción de su patrimonio jurídico, merece ser matizada en este caso en función de las circunstancias concurrentes y, particularmente, de la propia conducta de la demandante y el INE en el momento del acceso al empleo público.

a) La prohibición de discriminación por razón de sexo cuando no ha sido aún formalizada la relación contractual.

Uno de esos elementos radica en que la controversia se localice en el estadio del acceso al empleo, en concreto en los momentos anteriores a la formalización de la relación contractual. Sin necesidad de abordar la cuestión a fondo, bastará recordar la doctrina constitucional en la materia. Como señalara la STC 214/2006, de 3 de julio, FJ 3, hemos apreciado la vulneración del derecho a la no discriminación en relación con decisiones empresariales en materia de contratación, «aun sin encontrarse vigente una relación laboral». Asimismo, la STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 3, declaró que no puede sostenerse en modo alguno que «solo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza» discriminatoria, puesto que, de mantenerse la postura anterior, añadía este último pronunciamiento, «quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el art. 14 CE no cabe dudar (art. 10.2 CE)».

En suma, no cabe dudar de que la discriminación por razón de sexo puede ocasionarse con carácter previo a la formalización del contrato de trabajo, de suerte que la afectada estará amparada por el art. 14 CE en ese estadio con la prohibición de discriminación directa o indirecta garantizada por su contenido esencial.

La pretensión de la ahora recurrente, entonces, no podría decaer por la no articulación jurídica previa de la relación contractual, ya que el art. 14 CE, en su tutela

antidiscriminatoria, gobierna también esa fase del curso laboral y sus formalizaciones jurídicas.

b) El deber de la administración de garantizar la no discriminación a la mujer con fórmulas tuitivas y flexibles.

Otro aspecto singular y relevante para el caso presente, en efecto, incide en el debate sobre la determinación de quién tiene el deber de garantizar la protección de la maternidad, como factor biológico tutelado, en su conexión íntima con la prohibición de discriminación que nos ocupa, cuando se dé un supuesto igual o asimilable al aquí enjuiciado.

Como es sabido, en desarrollo de la doctrina constitucional relativa al art. 14 CE, se aprobó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tal como recoge su exposición de motivos. Además de lo que señalamos en el fundamento jurídico segundo, particularmente sobre el art. 3 de esa ley orgánica, que define el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, conviene destacar que el art. 8 perfila la discriminación por embarazo o maternidad declarando que «constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad» y que el art. 51, que encabeza el capítulo I del título V dedicado al principio de igualdad en el empleo público, establece los criterios de actuación de las administraciones públicas, disponiendo, entre otras cosas, que las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán: a) remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional y b) facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional.

Dicha Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, transpone a nuestro ordenamiento interno la Directiva en materia de igualdad de trato 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, tal como recoge la exposición de motivos de la ley orgánica citada. En aplicación de las citadas directivas, la sentencia de 16 de febrero de 2006 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C- 294/04, resuelve un caso que *mutatis mutandis* ofrece luz en el enjuiciamiento del que ahora abordamos, pues posee perfiles asimilables al de autos, como ocurría también en el recurso resuelto en nuestra STC 66/2014, de 5 de mayo. En efecto, en el caso de la STJUE citada, la demandante, una vez superadas las pruebas de acceso para un puesto de auxiliar administrativo del Instituto Nacional de la Salud, fue nombrada funcionaria pero no pudo tomar posesión en ese momento por encontrarse de baja por maternidad. Solicitó el aplazamiento de la toma de posesión al Instituto Madrileño de Salud, competente en virtud de una transferencia de competencias, pero con el reconocimiento de efectos económicos y administrativos desde la fecha de nombramiento. Ante la negativa de la administración, el órgano judicial que conoció del recurso planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la compatibilidad de la interpretación del ordenamiento interno realizada por el órgano administrativo y la directiva comunitaria 76/207/CEE. La STJUE de 16 de febrero de 2006, finalmente, declaró que la citada directiva se opone a una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora que se encuentre en permiso de maternidad los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, aplazando la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad.

En consecuencia, se desprende de ello para el recurso actual, como en aquellos casos también ocurriera, que el órgano administrativo estaba obligado a adoptar

medidas o fórmulas flexibles que impidieran que la maternidad fuera un obstáculo para el acceso al empleo público de la mujer trabajadora ahora recurrente, ofreciendo medidas alternativas razonables a la situación específica derivada de la maternidad cuando aquella puso de manifiesto, en fecha 4 de agosto de 2015, en escrito dirigido al INE, su imposibilidad de incorporarse al trabajo por haber dado a luz una hija, el día 25 de julio de 2015, manifestando expresamente que no renunciaba a la plaza y solicitando la reserva de la misma hasta el momento en que se pudiera incorporar, sin que se procediera, por tanto, a su adjudicación a la siguiente candidata. Así se deduce de la doctrina antes recogida, fundada en la necesidad de que la administración neutralice una posible vulneración del principio de no discriminación del art. 14 CE (en este sentido, STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto Napoli, así como la STC 66/2014, FJ 5).

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

No cabe, por tanto, oponer a la pretensión de la demandante de amparo objeción alguna desde este plano, al haberle hecho creer la administración con su respuesta a la petición formulada que carecía de derecho de acceso al empleo en atención a su maternidad, arguyendo que dicha realidad impedía la cobertura inmediata del servicio, en vez de favorecer cualquier alternativa viable que la garantizase de forma compatible con la prohibición de discriminación por razón de sexo, como la jurisprudencia reseñada y la ley orgánica citada requieren.

c) La intencionalidad lesiva.

Es doctrina reiterada y constante de este Tribunal que la vulneración de los derechos fundamentales puede darse aunque no exista «intencionalidad lesiva». La idea de esencialidad del derecho (el contenido esencial al que se refiere el art. 53.1 CE) es lo que subyace en esa doctrina constitucional. Y es que, en efecto, el examen de constitucionalidad que es propio del recurso de amparo, como se infiere del art. 53 CE, gravita alrededor de la garantía de dicho contenido esencial, esto es, supone un examen sobre si el mismo ha sufrido o no, sobre si han quedado o no afectadas las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo abstracto y preexistente al que pertenece, y sin las cuales dejaría de pertenecer a ese tipo y tendría que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, y, además, sobre si ha sido dañado el contenido del derecho que es absolutamente necesario para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al mismo, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, en suma, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (por todas, STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8).

Todo ello descarta, como exigencia para la apreciación de la lesión, la exigencia de la concurrencia de una «intencionalidad» lesiva en el agente que haya afectado al derecho. Lo único relevante es que el contenido esencial, definido como se expuso, haya resultado o no menoscabado. Lo cual, traducido al ámbito que nos ocupa de la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), supone que bastará con que quede probado que el factor protegido estuvo en la base del perjuicio o minusvaloración laboral sufrido por la mujer trabajadora. La STC 2/2017, de 16 de enero, FJ 6, recordaba ese parámetro reiterado en nuestra doctrina, caracterizador de todo

juicio sobre la incidencia sobre un derecho fundamental, y que consiste, por tanto, en que puede declararse la lesión del derecho fundamental aunque no haya ánimo lesivo, en este caso discriminatorio, al bastar la objetividad del perjuicio.

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

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

d) La irrelevancia del término de comparación.

Otro de los argumentos empleados contra la pretensión de la recurrente consiste en que fue contratada en su lugar otra mujer, a la que se le reconocieron además derechos asociados a su maternidad.

Cabe inferir de lo que señalara la STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 6, que cualquier comparación que se realice, o pauta relacional que se incorpore, a un juicio de discriminación no puede emplearse como sustento de la negación de su concurrencia, sino, a lo más, como apoyo en la acreditación de su existencia. Sencillamente porque el juicio sobre la discriminación del segundo inciso del art. 14 CE no requiere un término de comparación que lo desvele. Basta constatar que el factor protegido ha sido soslayado objetivamente o intencionalmente dañado, provocando un perjuicio o minusvaloración a la mujer trabajadora, aspectos sobre los que ya nos hemos pronunciado en el presente caso.

Es irrelevante, por tanto, que se contratara a otra mujer o que a esta le fueran reconocidos derechos propios de su condición de madre trabajadora. La prohibición de discriminación no exige un contraste con nadie, con un tercero, sino solo la verificación de la concurrencia del factor protegido y el perjuicio que a él haya quedado asociado. Utilizando declaraciones literales de nuestra doctrina: la prohibición de discriminación «no requiere necesariamente un término de comparación, por más que la discriminación pueda concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de este para ser apreciadas (por todas, STC 171/2012, de 4 de octubre, FJ 5)» (STC 104/2014, de 23 de junio, FJ 6).

En todo caso, en la línea que desarrolla con detalle la STC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 7, y aceptando a efectos puramente dialécticos la aproximación fundada en el test but for o de la sustitución, utilizado por el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo, que consiste en cambiar el sexo u otra circunstancia personal del sujeto para contrastar si las consecuencias jurídicas habrían sido las mismas en ese caso, la conclusión no varía. Esta fuera de duda, en efecto, la obligatoriedad de la formalización del contrato, que afecta a todo concursante en un proceso de selección independientemente de su sexo, pero también que la maternidad fue lo determinante y, solo en ella, la diferencia en el resultado producido. Un factor protegido, por tanto, que

serviría tanto en el contraste con varones como, asimismo, con la persona que fue contratada, mujer como la recurrente pero que, en cambio, no se encontraba en una situación equivalente a la examinada. Lo demuestra que a esta última nada le impidiera la prestación del servicio, o que la recurrente no se opusiera a la formalización de contrato, como ya se dijo, sino que manifestara su imposibilidad de prestar la actividad en ese momento y su voluntad de hacerlo al final del período de maternidad correspondiente, siendo el INE el que decidió que no podría entonces acceder al empleo, sin ofrecerle una vía que garantizara el derecho que obtuvo en el proceso de selección.

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

En lo que respecta al alcance del otorgamiento del amparo, bastará con acordar la nulidad de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que no apreció la vulneración del derecho fundamental a no sufrir trato discriminatorio por razón de sexo y que condenó al INE al reconocimiento del derecho que negaba, así como a reparar el perjuicio causado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la presente demanda de amparo promovida por doña María del Carmen Santacreu Tomás y, en su virtud:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho de la demandante de amparo a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, anular la sentencia de 10 de enero de 2017 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, núm. 20/2017, dictada en el recurso de suplicación núm. 3116-2016, que, con estimación del recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de Estadística, acordó revocar y dejar sin efecto la anterior sentencia de 23 de junio de 2016, del Juzgado de lo Social núm. 7 de Valencia, pronunciada en los autos núm. 447-2016 sobre tutela de derechos fundamentales.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a treinta de septiembre de dos mil diecinueve.—Encarnación Roca Trías.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.