

COMENTARIOS JURÍDICOS SOBRE LA STC
N.º 162/2016 (SALA PRIMERA) DE 3 DE OCTUBRE
DE 2016

LEGAL COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE
CONSTITUTIONAL COURT 162/2016 (THE FIRST CHAMBER) OF
OCTOBER 3, 2016

M.^a TERESA DE LA CRUZ MARTÍNEZ¹

Máster en Unión Europea (especialidad Derecho)

Jueza de Paz Sustituta en Beriain (Navarra)

Resumen: La STC 162/2016 (Sala Primera), de 3 de octubre de 2016, ha consolidado y aclarado la STC 66/2014. Es una sentencia de especial transcendencia constitucional, según el art. 50.1 LOTC. Denuncia la vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo, sobre la base del art. 14 CE. Se anulan resoluciones administrativas y judiciales discriminatorias. Estas resoluciones negaban derechos económicos y profesionales inherentes al nombramiento como Magistrada a quien no pudo tomar posesión de la plaza por razón de disfrutar de un permiso de embarazo. Según el TC, estos derechos deben considerarse adquiridos desde la fecha en que la mujer hubiera podido tomar posesión de no mediar estos permisos o licencias. Es un paso en la igualdad real o material, como consecuencia de la aplicación del acervo de la UE en esta materia.

Palabras clave: Complemento de destino, igualdad de género, derechos fundamentales, protección de la maternidad, aplicación del Derecho de la UE.

¹ En la actualidad, la autora realiza la tutela académica para la elaboración de la tesis doctoral en el Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja.

Abstract: The Constitutional Court's judgment 162/2016 (The First Chamber), of October 3, 2016, has consolidated and clarified the Constitutional Court's judgment 66/2014. It is a judgment of special constitutional significance, according to art. 50.1 Organic Law of the Constitutional Court. It denounces the violation of the right not to suffer discrimination because of sex, on the base of the art. 14 Spanish Constitution. There are annulled administrative and judicial discriminatory resolutions. These resolutions were denying economic rights and professionals inherent in the appointment as Judge to whom it could not take possession of the square because of enjoying a permission of pregnancy. According to the Constitutional Court, these rights must be considered to be acquired from the date in which the woman it could have taken possession of these permissions or licenses do not happen. It is a step in the royal or material equality as consequence of the application of the EU *acquis*.

Keywords: Post adjustment; gender equality; fundamental rights; maternity protection; application of European Union law.

Recepción original: 15/02/2017

Aceptación original: 29/03/2017

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes de hecho. III. Fundamentos de Derecho. IV. Fallo. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este artículo es analizar la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 162/2016 (Sala Primera)², dictada como consecuencia de la interposición del recurso de amparo n.º 5.281-2014 promovido por D.^a Tania María Chico Fernández. Esta Magistrada promovió este recurso de amparo respecto de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 25 de marzo de 2014, que había desestimado el recurso contencioso-administrativo n.º 811-2012. La Sra. Tania María, previamente, había agotado la vía administrativa para impugnar la resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia de 6 de junio de 2012, que confirmaba en alzada la resolución de la Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia del País Vasco de 23 de marzo de 2012. Estas resoluciones administrativas, relativas a derechos retributivos, incurrían en una vulneración del derecho a no

² La sentencia ha sido publicada íntegramente en el BOE n.º 276, de 15.11.2016, págs. 79.817-79.829. <https://www.boe.es/boe/dias/2016/11/15/index.php?d=276&s=T>.

padecer discriminación por razón de sexo. Ambas resoluciones negaban derechos económicos y profesionales inherentes al nombramiento como Magistrada de la recurrente, que no había podido tomar posesión de la plaza al disponer de licencia por riesgo de embarazo. El Tribunal Constitucional (TC) en la STC n.º 162/2016 reflexiona internamente sobre la aplicación al supuesto discutido de la STC n.º 66/2014, de 5 de mayo de 2014³.

La Sala Primera del TC que ha dictado la STC n.º 162/2016, de 3 de octubre de 2016, estaba compuesta por los Magistrados D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, que la presidía, D.ª Encarnación Roca Trías, que elaboró la ponencia, D. Andrés Ollero Tassara, D. Santiago Martínez-Vares García y D. Juan Antonio Xiol Ríos. La Magistrada recurrente en amparo estuvo representada por el Procurador D. Santiago Tesorero Díaz y fue asistida por el Letrado D. Luis Flecha López. En el proceso, además comparecieron y formularon alegaciones tanto la Abogacía del Estado, que se pronunció en contra del recurso de amparo, como el Ministerio Fiscal, que defendió parcialmente los argumentos de la recurrente en amparo. Tras examinar los antecedentes de hecho del asunto, este trabajo estudiará las alegaciones jurídicas de cada uno de los intervinientes en el proceso ante el TC y la respuesta de éste a las mismas, desde un punto de vista crítico. A continuación, se expondrá el Fallo de la Sala Primera del TC, que no contó con ningún voto particular, y se expondrán las oportunas conclusiones. Finalmente, se detallará la bibliografía utilizada en la elaboración de este artículo.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

Los hechos más destacados del caso son analizados por la ponencia en los diez puntos de los que consta la parte relativa a los antecedentes de hecho. En primer lugar, D.ª Tania M.ª, en su condición de Magistrada titular, inició el 5 de julio de 2011 una licencia por riesgo durante el embarazo, mientras se encontraba destinada en el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Baracaldo. Esta prestación tiene la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales. Se pretende evitar que el desarrollo de la actividad profesional perjudique la salud de la madre o la evolución del feto cuando las adaptaciones laborales o profesionales no resultan suficientes para evitar el riesgo. La emba-

³ BOE n.º 134 (Suplemento TC), de 03.06.2014, págs. 63-73.

razada debe estar afiliada a la Seguridad Social y no se requiere periodo previo de cotización⁴.

El 4 de octubre de 2011, mediante acuerdo de la comisión de la Sala de Gobierno, la demandante de amparo obtuvo una plaza como Magistrada en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Bilbao para cubrir la ausencia del Magistrado titular del citado juzgado. Con efectos de 1 de noviembre de 2011, la Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia acreditó en la nómina de D.^a Tania M.^a el complemento de destino correspondiente al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Bilbao, ya que se había procedido al cese de la Magistrada en el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Baracaldo. La licencia de D.^a Tania M.^a por riesgo durante el embarazo concluyó tras dar a luz el 24 de febrero de 2012, transformándose en una licencia por maternidad⁵.

Sin embargo, la Resolución de la Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia del País Vasco de 23 de marzo de 2012 consideró que el abono del complemento de destino había sido erróneo, ya que la situación de licencia por riesgo durante el embarazo, concluida el 24 de febrero de 2012, había impedido la toma de posesión de la Magistrada de su plaza en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Bilbao. En consecuencia, la Gerencia Territorial, de oficio, dejaría sin efecto en la nómina de abril de 2012 de D.^a Tania M.^a el importe del complemento de destino y regularizaría los importes percibidos en tal concepto respecto al de su anterior destino, desde el 1 de noviembre de 2011. La Resolución fue recurrida en alzada por D.^a Tania M.^a, ya que ésta consideraba que su maternidad no podía ocasionarle perjuicios en sus derechos económicos. Igualmente, recriminaba a la Gerencia Territorial, por injustificable, el abono del complemento de destino de un puesto que ya no ocupaba desde el 1 de noviembre de 2011.

Tras publicarse el RD 548/2012, de 16 de marzo, por el que se destina a los Magistrados que se relacionan, como consecuencia del con-

⁴ Ministerio de Empleo y de Seguridad Social: *Guía Laboral del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social. 2016*, Ministerio de Empleo y de Seguridad Social, Madrid, 2016, págs. 549-551.

⁵ Ministerio de Empleo y de Seguridad Social: *Guía Laboral del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social. 2016...* op. cit., págs. 541-547. En el supuesto de parto, se cuentan 16 semanas. Sobre las prestaciones de maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo puede consultarse a GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo», en RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. y VVAA: *Sistema de Seguridad Social*, Editorial Tecnos, 9.^a edición, Madrid, 2007, págs. 247-268. Resulta de interés también citar a ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, págs. 284-293.

curso resuelto por Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial⁶, la situación profesional de la recurrente en amparo volvió a cambiar. De esta forma, D.^a Tania M.^a, Magistrada adscrita al Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco, pasó a desempeñar la plaza en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Bilbao. Los efectos de este nombramiento se produjeron desde el 9 de abril de 2012, fecha en que se publicó el RD 548/2012 en el BOE. En esta fecha, D.^a Tania M.^a disfrutaba de la licencia por maternidad.

Entre tanto, la recurrente en amparo recibió la desestimación de su recurso de alzada por resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia de 6 de junio de 2012. La Dirección General, a pesar de que consideró que dada su situación D.^a Tania M.^a no debía padecer perjuicios en sus retribuciones, determinó que no le correspondía percibir el complemento de destino de un puesto que nunca llegó a desempeñar, ateniéndose al art. 245 del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial⁷. Ante la disconformidad de la Magistrada con la Resolución de la Dirección General, optó por interponer el recurso contencioso-administrativo n.º 811/2012 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco. Posteriormente, este recurso fue desestimado mediante la Sentencia n.º 222/2014 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco, de 25 de marzo de 2014⁸. Para fundamentar su sentencia, rechazando la vulneración del art. 14 de la Constitución (CE) el TSJ afirmó que no se había demostrado la existencia de ningún juez o magistrado que a pesar de no haber tomado posesión hubiera percibido el complemento de destino, por lo que se abstendrían de valorar los argumentos de la Gerencia Territorial, defendiendo la regularización de la nómina practicada a la magistrada. Por otra parte, el TSJ consideró que efectivamente el art. 245 del Reglamento 2/2011, de 28 de abril, de la carrera judicial se limitaba a establecer el inicio del plazo posesorio, a partir del día siguiente al de conclusión del permiso o licencia concedido.

⁶ BOE n.º 85, de 09.04.2012, págs. 28.597-28.601.

⁷ Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial (BOE n.º 110, de 09.05.2011, págs. 46.297-46.405). Sin embargo, en realidad, el precepto subraya que los traslados o promociones no afectan a los permisos o licencias concedidos. Además, considera que el plazo posesorio sólo comienza a contar a partir del día siguiente al de conclusión del permiso o licencia concedido.

⁸ <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=AN&reference=7178302&links=%22811%2F2012%22&optimize=20141001&publicinterface=true>. La Sentencia del TSJ del País Vasco tuvo como ponente al Magistrado Fernando Goizueta Ruiz. El n.º indicativo del CENDOJ es el 48020330032014100384.

Frente a la anterior sentencia y a las resoluciones administrativas precedentes, el 2 de septiembre de 2014, el procurador D. Santiago Tesorero Díaz, en nombre de D.^a Tania M.^a presentó el recurso de amparo n.º 5.281-2014. La demanda de amparo se fundamentaba en la vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 CE y del art. 23.2 CE, así como del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Alega además las previsiones de protección de la maternidad reconocidas en la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres y el hecho de que los principios rectores del ordenamiento jurídico imponen a los poderes públicos promover no sólo la igualdad formal, sino también la real y la efectiva. Como resultado de la sentencia y de las resoluciones administrativas precedentes había perdido íntegramente el complemento de destino del Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 2 de Bilbao, a pesar de haber manifestado su voluntad posesoria, y del importe del complemento de destino del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Bilbao, desde el 9 de abril de 2012 hasta el 25 de septiembre de 2012. Por otra parte, en apoyo a su argumentación, citó la jurisprudencia constitucional compuesta por las SSTC 95/2000, de 10 de abril de 2000⁹; 182/2005, de 4 de julio de 2005¹⁰; 92/2008, de 21 de julio de 2008¹¹ y 66/2014, de 5 de mayo de 2014¹².

El recurso de amparo alegaba también la vulneración del art. 24.1 CE en la medida en que la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco había ignorado la alegación de la discriminación planteada desde la perspectiva de la igualdad de género y de la maternidad. El órgano judicial, según la demandante de amparo, le había causado indefensión puesto que ignoraba la inversión de la carga de la prueba que establece el art. 13.1 de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres¹³. En apoyo a su argumentación, D.^a Tania M.^a citó además la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (STJUE) (Sala Segunda) de 16 de febrero de 2006¹⁴, que resuelve el asunto Sarkatzis Herrero.

⁹ Suplemento BOE n.º 119, de 18.05.2000, págs. 24-29.

¹⁰ Suplemento BOE n.º 186, de 05.08.2005, págs. 44-54.

¹¹ Suplemento BOE n.º 200, de 19.08.2008, págs. 63-71.

¹² Suplemento BOE n.º 134, de 03.06.2014, págs. 63-73.

¹³ BOE n.º 71, de 23.03.2007, págs. 12.611-12.645.

¹⁴ STJUE (Sala Segunda), de 16 de febrero de 2006, «Carmen Sarkatzis Herrero contra Instituto Madrileño de la Salud (Imasalud)» (Asunto C- 294/04), (Recop. de Jurispr. 2006 I-01513). Se publicó un resumen de la sentencia en el *DO n.º C 131, de 03.06.2006, pág. 16*. El Abogado General leyó sus conclusiones el 10 de noviembre de 2005. El Asunto procede de una petición de decisión prejudicial del Juzgado de lo Social n.º 30 de Madrid, publicada en el *DO n.º C 228, de 11.09.2004, pág. 28*. Sobre esta sentencia puede consultarse a DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Reseña de la juris-

El recurso de amparo destacó que se trataba de una cuestión que se resolvía de forma diferente en cada proceso selectivo. En definitiva, el recurso de amparo reclamó la declaración de inconstitucionalidad y de nulidad de la sentencia impugnada y de las resoluciones administrativas precedentes. Asimismo, solicitaba el reconocimiento de la percepción del complemento de destino con efectos desde el 1 de noviembre de 2011.

Teniendo en cuenta el carácter selectivo del TC en la admisión a trámite de los recursos de amparo, la demanda dedicó un epígrafe específico para justificar la especial transcendencia de la petición formulada. De esta forma, la recurrente invocó la necesidad de unificación del ámbito normativo y jurisprudencial sobre la materia concreta y el hecho de que la decisión del TC iría más allá de la situación personal de la recurrente, porque sería aplicable a casos análogos o similares. La Sala Primera del TC tuvo en cuenta los argumentos procesales de la demandante en materia de admisibilidad y acabó dictando la providencia de 18 de enero de 2016 en la que admitía a trámite el recurso de amparo basándose en la especial transcendencia constitucional del caso sobre la base del art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)¹⁵. En consecuencia reclamó, en un plazo de 10 días, al TSJ del País Vasco las actuaciones jurisdiccionales correspondientes al procedimiento n.º 811-2012. Igualmente, emplazó a la Abogacía del Estado para que pudiera comparecer en idéntico plazo.

De esta forma, el 29 de enero de 2016, la abogacía del Estado, que era parte interesada al representar a la Administración, compareció ante el TC y solicitó que se la tuviera por personada y por parte en el recurso de amparo. Posteriormente, el 10 de febrero de 2016, mediante diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera del TC, se emitió el acuse de recibo de las actuaciones enviadas por el TSJ del País Vasco y el escrito de la Abogacía del Estado. En la diligencia de ordenación además se tenía por personada y por parte a la Abogacía del Estado, en nombre y representación de la Administración Pública. Por último, el Secretario de Justicia, conforme al art. 52.1 LOTIC, comunicó a las partes personadas y al Ministerio Fiscal

prudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de igualdad» en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 67, 2007, págs. 301-308. Igualmente, la sentencia se menciona en BALLESTER PASTOR, M. A.: «Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar» en BALLESTER PASTOR, M. A. (Coord.) y VVAA: *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Editoial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 43-44.

¹⁵ BOE n.º 239, de 05.10.1979.

un plazo común de 20 días para presentar las alegaciones que tuvieran por convenientes. De este modo, el 3 de marzo de 2016, la representación procesal de D.^a Tania M.^a formuló alegaciones remitiéndose a su escrito de demanda. La Abogada del Estado solicitó el 10 de marzo de 2016, la desestimación total del recurso de amparo porque consideraba que la actuación de la gerencia territorial del Ministerio de Justicia había sido correcta y no se había vulnerado el art. 14 CE. Es decir, negaba la discriminación por razón de sexo. Por su parte, el Fiscal presentó su escrito el 31 de marzo de 2016, considerando que procedía estimar el recurso y declarar que se había vulnerado el derecho de la demandante a no sufrir discriminación por razón de sexo. Finalmente, por providencia de 29 de septiembre de 2016, se determinó como fecha para deliberación y votación de la ponencia el 3 de octubre de 2016. La ponencia fue elaborada por D.^a Encarnación Roca Trías.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La parte relativa a los fundamentos de Derecho consta en la sentencia de ocho números. En el primero de ellos, la Sala Primera del TC resume el objeto del recurso de amparo y las posiciones de las partes implicadas. Así, se trata de determinar si se ha producido o no en el caso concreto una vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación por razón de sexo del art. 14 CE. Al respecto, la Fiscalía solicitaba estimar el recurso de amparo, mientras que la Abogacía del Estado se inclinaba por la opción contraria.

A continuación, el TC profundizó en el punto n.º 2 de los fundamentos de Derecho en la razón por la que se había admitido a trámite el recurso de amparo. Según la providencia del 18 de enero de 2016, se había apreciado una especial transcendencia constitucional, conforme al art. 50.1 LOTC, que permitía al Tribunal aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia de un proceso de reflexión interna. El TC se remite a su doctrina establecida en el fundamento jurídico 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio¹⁶. El Pleno del TC estimaba conveniente, tras la reforma del art. 50 LOTC llevada a cabo por la LO 6/2007, de 24 de mayo, avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1 b) LOTC. No obstante, el Pleno del TC advertía que la relación de casos que se refería en la STC 155/2009 no podía entenderse como un elenco definitivamente cerrado de supuestos, dado el carácter dinámico de la jurisdicción constitucional. Entre las causas previs-

¹⁶ Suplemento BOE n.º 181, de 28.07.2009, págs. 51-66.

tas en el fundamento jurídico 2 de la STC 155/2009 se citaba dar ocasión al TC para aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia de un proceso de reflexión interna. De esta forma, el Tribunal argumenta en el fundamento jurídico 2 de la STC 162/2016 que podía aclararse y confirmarse en su caso la doctrina establecida en la STC 66/2014. Al respecto, el colectivo de mujeres funcionarias, en el cual se encontraba la demandante de amparo, se veía afectado según el TC por la Directiva 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 trabajo¹⁷.

El TC alude en el fundamento jurídico 2 de la STC dos sentencias del TJUE que interpretan la Directiva 76/207/CEE, reformada mediante la Directiva 2002/73/CE. La primera de ellas es la STJUE, de 11 de enero de 2000, que afirma en su párrafo 18 la aplicación de la Directiva 76/207/CEE a las relaciones de empleo del sector público¹⁸. En segundo lugar, el Tribunal cita también la STJUE (Sala Segunda) de 16 de febrero de 2006, que es mencionada en sus alegatos por la demandante de amparo, así como por la Abogada del Estado y la Fiscalía. En consecuencia, el TC admite desde el fundamento jurídico 2 que se encuentra vinculado por los pronunciamientos interpretativos que ha formulado el TJUE en relación a la Directiva 76/207/CEE, reformada por la Directiva 2002/73/CE. Corresponde al TC velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la UE cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio TJUE. En estos casos, el desconocimiento y preterición de la norma de Derecho de la UE, tal y como ha sido interpretada por el TJUE, puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, debido a una selección arbitraria de una norma aplicable al proceso¹⁹. Con buen criterio, la Sala Primera del TC matiza que la Directiva puede ser me-

¹⁷ DO n.º L 169, de 05.10.2002, págs. 15-20. Esta Directiva fue transpuesta por España incumpliendo el plazo previsto cuyo límite era el 5 de octubre de 2005. La transposición de la Directiva se produjo mediante la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *Vid.* MANGAS MARTÍN, A.: «Artículo 23. Igualdad entre mujeres y hombres» en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.) y VVAA: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 1.ª edición, Bilbao, 2008, pág. 431.

¹⁸ STJUE de 11 de enero de 2000, «Tanja Kreil contra la República Federal de Alemania» (Asunto C-285/98), (Recop. de Jurispr. 2000 I-00069). Se trata de una petición de decisión prejudicial. Las conclusiones del Abogado General fueron presentadas el 26 de octubre de 1999.

¹⁹ En este punto, el TC cita la STC 145/2012, de 2 de julio y la STC 232/2015, de 5 de noviembre.

orada por las normas internas de los Estados miembros de la Unión, debiendo considerarse una norma jurídica de mínimos.

Sin embargo, en este punto, conviene citar dos críticas que cabe extender al conjunto de la sentencia. En primer lugar, la Sala Primera del TC no ha tenido en cuenta que la Directiva 76/207/CEE, reformada por la Directiva 2002/73/CE ha sido sustituida por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)²⁰. Es decir, hubiera sido mejor mencionar la Directiva vigente. En segundo lugar, ya que se aplica al Derecho de la UE debería haberse citado la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), en concreto los arts. 21 y 23 CDFUE²¹. Estos artículos prohíben la discriminación por razón de sexo y consagran el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y remuneración.

En el fundamento de Derecho tercero, la Sala Primera del TC justifica la delimitación del objeto del recurso centrándose en el art. 14 CE. Así, el Tribunal viene a coincidir con la propuesta efectuada tanto por la fiscalía como la abogacía del Estado, a pesar de que las quejas de la recurrente pueden vincularse también al art. 23.2 CE y al art. 24.1 CE. La razón es que todas ellas giran entorno a la posible vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación por razón de sexo del art. 14 CE. La Sala Primera del TC recurre a la jurisprudencia constitucional²² para negarse a profundizar en la queja del art. 23.2 CE, relativo al acceso a condiciones de igualdad al empleo o cargo público. De esta forma, la ponencia estima que la discriminación denunciada tiene como fundamento las circunstancias enumeradas en el art. 14 CE. En mi opinión, la demandante lógicamente intenta amarrar la admisión a trámite del recurso de amparo mencionando el

²⁰ DO n.º L 204, de 26.07.2006, págs. 23-36. Vid. MANGAS MARTÍN, A.: «Artículo 23. Igualdad entre mujeres y hombres»... op. cit, págs. 418-419.

²¹ Al respecto cabe citar también a MANGAS MARTÍN, A.: «Artículo 21. No discriminación» en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.) y VVAA: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 1.ª edición, Bilbao, 2008, págs. 396-408. Igualmente, puede mencionarse a SANZ CABALLERO, S.: «El derecho a la igualdad» en BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (Dir.): MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. y BECERRIL ATIENZA, B. (Coords.) y VVAA: *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo II. Derechos Fundamentales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, Cizur Menor (Navarra), págs. 652-676 y 684-698.

²² SSTC 50/1986, de 20 de mayo; 167/1998, de 21 de julio; 78/2007, de 16 de abril y 44/2010, de 26 de julio.

derecho fundamental del art. 23.2 CE, en su condición de empleada pública. Sin embargo, en realidad su maternidad no fue obstáculo para conseguir la adjudicación de ninguna de las plazas mencionadas en los antecedentes de hecho, sin perjuicio de la discriminación sufrida en razón de la retribución.

En cuanto al segundo artículo, la Sala Primera del TC rechaza que se hubiera vulnerado el art. 24.1 CE ya que el TSJPV dictó una resolución jurisdiccional sobre el fondo del asunto, de forma motivada, y limitándose a controlar la actividad materialmente administrativa, en los términos del art. 106.1 CE. En esta línea, el TC resalta que el pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV cumplió la misión de agotar la vía judicial previa, preservando el carácter subsidiario de la jurisdicción en amparo constitucional. Es cierto que el derecho a la tutela judicial efectiva supone un derecho a obtener un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo del asunto y motivado. No supone en consecuencia conseguir una sentencia favorable a la parte. Sin embargo, dado que la sentencia del TSJPV ignoró la inversión de la carga de la prueba prevista en la LO 3/2007, entiendo que la demandante de amparo sí pudo sufrir indefensión. En consecuencia, hubiera debido dictarse un pronunciamiento concreto sobre este punto.

En cualquier caso, una vez delimitado el objeto del recurso, la Sala Primera del TC entró a analizar la denuncia de la vulneración del art. 14 CE por discriminación por razón de género²³. Para ello, la ponencia recuerda que la LO 3/2007, de 22 de marzo, integra en el ordenamiento jurídico español la Directiva 2002/73/CE, que reformaba la Directiva 76/207/CEE. Estas Directivas fueron interpretadas por la STJUE (Sala Segunda), de 16 de febrero de 2006, en un caso muy similar al que debatía el TC. En este punto, la STC 162/2016 vincula el asunto Sarkatzis con la STC 66/2014, de 5 de mayo e incluso con otras sentencias que componen la jurisprudencia del TC sobre la materia²⁴. Según el TC, en lo que se refiere específicamente a la discriminación por razón de sexo, la prohibición constitucional determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor no permitido fue la base de un perjuicio laboral o de una minusvaloración, no pudiéndose legitimar ese factor por la

²³ Un análisis reseñable sobre la igualdad formal de los españoles ante la ley se encuentra en ENÉRIZ OLAECHEA, F. J.: *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2007, págs. 164-171.

²⁴ Así se citan, a modo de ejemplo, la STC 109/1993, de 25 de marzo; la STC 214/2006, de 3 de julio; la STC 233/2007, de 5 de noviembre; etc.

conurrencia de otros motivos. La ponencia subraya además que el embarazo incide exclusivamente sobre las mujeres como un hecho biológico indiscutible. La maternidad y la lactancia constituyen elementos que inciden en la igualdad efectiva de la mujer en el mercado de trabajo. El objetivo es, en consecuencia, evitar que estas circunstancias supongan desventajas para la mujer en la conservación de su empleo respecto a sus colegas masculinos.

En el fundamento jurídico quinto, la STC 162/2016 constata que la aplicación por parte de la administración de justicia del art. 245 del Reglamento 2/2011 de la carreta judicial se hizo en el caso concreto sin tener en cuenta el contenido de la LO 3/2007, de 22 de marzo²⁵. La interpretación de la norma vulneró además el principio de no discriminación por razón de sexo contenido en el art. 14 CE. Esta conclusión es detallada en el fundamento jurídico sexto de la STC 162/2016. De esta forma, la ponencia da la razón a la recurrente en amparo porque los permisos y licencias relativos a la maternidad no pueden equiparse al resto de permisos y licencias, tal y como recuerda la STC 66/2014. Es decir, el embarazo y la maternidad de la mujer trabajadora deben compatibilizarse con la conservación de sus derechos profesionales. El TC recurre una vez más al asunto Sarkatzis Herrero y a la jurisprudencia del TJUE para constatar que el aplazamiento de las fechas señaladas para la toma de posesión fue exclusivamente consecuencia del permiso de maternidad que se disfrutaba²⁶.

En consecuencia, en el fundamento jurídico séptimo, la STC 162/2016 ratifica su conclusión anterior de que se había producido una vulneración del derecho de no discriminación por razón de sexo reconocido en el art. 14 CE al no reconocer la Administración de Justicia los derechos económicos solicitados por la recurrente. Fue la maternidad de la demandante de amparo la causa del perjuicio económico ocasionado. En este caso, el test de sustitución conocido como *test but for* no resultaba válido ya que era la maternidad la que

²⁵ Se citan en concreto el art. 3, que define el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres; el art. 8, según el cual la discriminación por embarazo o maternidad constituye una discriminación directa por razón de sexo; y el art. 51, que enlaza con el principio de igualdad real, material o efectiva.

²⁶ STJUE (Sala Primera) de 18 de noviembre de 2004, «Land Brandenburg contra Ursula Sass» (Asunto C-284/02), (Recop. de Jurisp. 2004 I-11143). Se trató de una petición de decisión prejudicial. Las trabajadoras están protegidas frente a cualquier trato desfavorable como consecuencia de disfrutar o haber disfrutado de un permiso de maternidad. Una mujer que sufre un trato desfavorable a consecuencia de su ausencia debida a un permiso de maternidad está discriminada por razón de su embarazo y de este permiso. Tal comportamiento constituye una discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 76/207. Las conclusiones del Abogado General se presentaron el 27 de abril de 2004.

como circunstancia unida a las mujeres provocaba una situación de discriminación profesional. Así, la Sentencia considera que no solo se vulneró la promoción de la igualdad formal, sino que además tampoco se promovió la igualdad real y efectiva, tal como recuerda la STC 66/2014. La conducta del TSJ del País Vasco resultó discriminatoria porque exigía además una comparación para poder entender vulnerado el art. 14 CE que no correspondía al caso concreto. En este punto, el TC debería haber citado expresamente la inversión de la carga de la prueba reconocida en el art. 13.1 de la LO 3/2007²⁷. Sin embargo, dado que la doctrina de la inversión de la carga de la prueba ya había sido reconocida por la doctrina del TC, la sentencia se limita a constatar dicha jurisprudencia²⁸.

La conclusión definitiva del fundamento jurídico séptimo es que en los casos en los que una empleada pública obtenga una determinada plaza durante las licencias vinculadas a su maternidad o a un embarazo de riesgo debe entenderse que los derechos económicos y profesionales se consideran adquiridos desde la fecha en que la empleada hubiera podido tomar posesión de no intermediar dicho tipo de permiso o licencia. De esta forma, la Sala Primera del TC intenta evitar que se produzcan más supuestos de discriminación por razón de sexo, prohibidos por el art. 14 CE. Es indiscutible la repercusión social y jurídica que supone esta decisión del TC en la medida en que constituye un paso muy importante en la igualdad real y efectiva prevista en el art. 2 de la Constitución. En efecto, el caso en cuestión transcendía a la demandante de amparo ya que es equivalente a la de cualquier mujer funcionaria que se encuentre en estas circunstancias.

Por último, el TC, con la finalidad de no extralimitarse en sus funciones, recuerda que sólo podía pronunciarse sobre la materia constitucional y no descender a cuestiones relativas a la carrera profesional de la demandante. Además, dicha queja profesional tampoco había sido objeto de debate ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV. En consecuencia, siguiendo el criterio de la Fiscalía, la Sala Primera del TC declaró que debía restablecerse el derecho de la demandante a percibir el complemento de destino de la localidad de Bilbao, anulando las resoluciones administrativas y el fallo del TSJPV, que le habían privado temporalmente de dicho derecho.

²⁷ NORES TORRES, L. E.: «Protección de la maternidad», en BALLESTER PASTOR, M. A.(Coord.) y VVAA: *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 134-137.

²⁸ STC 171/2012, de 4 de octubre; STC 104/2014, de 23 de junio; etc.

IV. FALLO

D.^a Encarnación Roca Trías, que elaboró la ponencia, propuso en la misma estimar el recurso de amparo, declarando que se había vulnerado el derecho de la demandante de amparo a no sufrir discriminación por razón de sexo, conforme al art. 14 CE. Esta propuesta fue aceptada por la Sala Primera del TC, cuya decisión no incluyó votos particulares. Así la estimación del recurso permitió el restablecimiento del derecho de la recurrente a percibir el complemento de destino del que temporalmente había sido privado. Por ello, se anuló la Sentencia de 25 de marzo de 2014, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco, así como las resoluciones administrativas previas al pronunciamiento del TSJ, que habían sido impugnadas mediante el recurso ordinario n.º 811-2012. En cumplimiento del art. 164.1 CE, la STC 162/2016 fue publicada en el BOE de 15 de noviembre de 2016.

V. CONCLUSIONES

A modo de conclusión y opinión personal, valoro muy acertadamente la decisión del TC mediante la STC 162/2016 (Sala Primera), de 3 de octubre de 2016, en la que se admite el recurso de amparo de D.^a Tania M.^a Chico Fernández contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 25 de marzo de 2014, así como contra las resoluciones administrativas previas a la misma. Esta decisión del TC supone un paso más en la aplicación de la igualdad material, real o efectiva del art. 9.2 CE en relación a la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito profesional. El pronunciamiento está muy influenciado por la jurisprudencia del TJUE en aplicación del principio antidiscriminatorio por razón de género en particular y el Derecho de la UE en general. No obstante, puesto que la Sala Primera ha aplicado Derecho de la UE debiera haber mencionado los arts. 21 y 23 CDFUE. Al mismo tiempo, formalmente debería tener en cuenta que las Directivas mencionadas en la Sentencia habían sido sustituidas por la Directiva 2006/54.

Es de prever que la STC 162/2016, que ha clarificado y consolidado la STC 66/2014, provoque la reforma del Reglamento de la Carrera Judicial para impedir que situaciones similares vuelvan a reproducirse. El TC da la clave al entender que el momento en que deben ser considerados adquiridos los derechos económicos y profesionales

inherentes al nombramiento de las juezas y Magistradas deba ser desde la fecha en que la mujer hubiera podido tomar posesión de no haber mediado una licencia o permiso relacionado con el riesgo por embarazo o la maternidad. Además, es probable que varias de las afectadas por posibles denegaciones del complemento de destino o por regularizaciones de nómina por supuestos cobros indebidos de tal complemento intenten recuperar, incluso con carácter retroactivo, los derechos económicos de los que se han visto privadas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, págs. 284-293.

BALLESTER PASTOR, M. A.: «Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar», en BALLESTER PASTOR, M. A. (Coord.) y VVAA: *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 43-44.

BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (Dir.),; MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. y BECERRIL ATIENZA, B. (Coords.) y VVAA: *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo II. Derechos Fundamentales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.^a edición, Cizur Menor (Navarra), págs. 652-676 y 684-698. <https://www.boe.es/boe/dias/2016/11/15/index.php?d=276&s=T>.

Bibliografía BOE (web).

DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de igualdad», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 67, 2007, págs. 301-308.

ENÉRIZ OLAECHEA, F. J.: *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2007, págs. 164-171. <http://www.eurlex.europa.eu> base de datos de legislación de la UE.

Bibliografía eurlex (web).

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo», en RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. y VVAA: *Sistema de Seguridad Social*, Editorial Tecnos, 9.^a edición, Madrid, 2007, págs. 247-268.

MANGAS MARTÍN, A. (Dir.) y VVAA: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 1.^a edición, Bilbao, 2008, págs. 396-408, 418-419 y 431.

MANGAS MARTÍN, A.: «Artículo 21. No discriminación»... *op. cit.*, págs. 396-408.

— «Artículo 23. Igualdad entre mujeres y hombres»... *op. cit.*, págs. 418-419 y 431.

MINISTERIO DE EMPLEO Y DE SEGURIDAD SOCIAL: *Guía Laboral del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social. 2016*, Ministerio de Empleo y de Seguridad Social, Madrid, 2016, págs. 541-547 y 549-551.

NORES TORRES, L. E.: «Protección de la maternidad» en BALLESTER PASTOR, M. A. (Coord.) y VVAA: *La transposición del principio anti-discriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 134-137. <http://www.poderjudicial.es/CGPJ>.

Bibliografía poder judicial (web).

RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. y VVAA: *Sistema de Seguridad Social*, Editorial Tecnos, 9.^a edición, Madrid, 2007, págs. 247-268.

SANZ CABALLERO, S.: «El derecho a la igualdad» en BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (Dir.), MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. y BECERRIL ATIENZA, B. (Coords.) y VVAA: *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo II. Derechos Fundamentales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.^a edición, Cizur Menor (Navarra), págs. 652-676 y 684-698. <http://www.tribunalconstitucional.es>.

Bibliografía TC (web).