

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y
EMPLEO PÚBLICO

XXXIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección

Ángel Javier Gallego Morales
Jesús Cruz Villalón
Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2015

© Los autores, 2015

ISBN: 978-84-608-2865-5

Impresión y maquetación: Artes Gráficas Servigraf

Depósito Legal: SE 1457-2015

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y EMPLEO PÚBLICO

XXXIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

José Manuel Gómez Muñoz
Coordinador

54



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	
PRIMERA PONENCIA	
Negociación colectiva y autonomía colectiva en la administración pública	17
FRANCISCA FUENTES RODRÍGUEZ	
COMUNICACIONES	
Autonomía colectiva de los miembros de las Fuerzas Armadas.....	57
MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ	
A vueltas con la incidencia de la ultraactividad sobre la negociación colectiva de las Administraciones Públicas: normas y prácticas	75
MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ	
El contenido de los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.....	91
RAQUEL VIDA FERNÁNDEZ	
Eficacia del convenio colectivo en la regulación de las políticas de empleo.....	107
ARACELI VALLECILLO ORELLANA	
La litigiosidad de la relación de puestos de trabajo	121
M ^a CARMEN AGUILAR DEL CASTILLO	
La suspensión o modificación de lo pactado en convenio colectivo en el Sector Público	135
MIGUEL GUTIÉRREZ PÉREZ	

SEGUNDA PONENCIA

Contratación y acceso al empleo público	149
ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO	

COMUNICACIONES

Acceso al empleo público y personas discapacitadas: la comprobación de la aptitud	177
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	
El principio constitucional de igualdad de trato en el empleo público	193
JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ	
El régimen general de empleo público y su vulneración en las Administraciones Públicas	207
JOSÉ MANUEL FOUZ UGUET	
La extinción de los contratos laborales de trabajadores indefinidos no fijos en las Administraciones Públicas ante el contexto económico actual	225
MANUELA DURAN BERNARDINO	
Algunas consideraciones sobre las posibles consecuencias extintivas en caso de acceso irregular a la Administración Pública	239
FRANCISCO VILA TIERNO	
El ámbito funcional de la prestación de servicios del alto directivo en las Administraciones Públicas	253
ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ	
La eficacia en el fomento de la investigación del contrato predoctoral y las ayudas a la formación de doctores y profesorado universitario	267
LARA NOGUEIRA FERREIRO	
La duración del contrato para obra o servicios determinados en las Administraciones Públicas tras la Ley de racionalización del sector público: Un viaje de ida y vuelta	281
JOSEP MORENO GENÉ	
Finalidad y requisitos definidores de los contratos de colaboración social: Profundización normativa y jurisprudencial de su configuración jurídica	299
MARÍA SALAS PORRAS	
Sobre la frágil estabilidad del personal laboral en el sector público	315
THAIS GUERRERO PADRÓN	
Contratación laboral en la Administración como garantía de cumplimiento y servicio público	329
ARACELI VALLECILLO ORELLANA	

El acceso de extranjeros a la Función Pública	343
FUENCISLA RUBIO VELASCO	
La provisión de plazas del personal estatutario: procedimientos de selección y promoción interna	355
VICTORIA RODRIGUEZ-RICO ROLDAN	
Contratos de indeterinos: de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal	371
MARGARITA MIÑARRO YANINI	
La tasa de reposición y los eventuales problemas que plantea en el acceso y promoción al empleo público en la universidad	385
EIDER LARRAZABAL ASTIGÁRRAGA	

TERCERA PONENCIA

Los despidos colectivos en el ámbito del sector público. Balance de aplicación tras “casi” tres años desde su reforma.....	399
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	

COMUNICACIONES

Reestructuración de plantilla por amortización simple de indefinidos no fijos e interinos por vacante: objeciones a una opción jurisprudencialmente abortada y (eventual) responsabilidad de la administración de justicia (por el cambio de doctrina).....	471
IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ	
Despidos colectivos y reestructuración del servicio andaluz de empleo. la irresoluta decisión de extinción de contratos del personal de las UTEDLT	489
M ^a ROSA VALLECILLO GÁMEZ	
Los criterios de selección del personal afecto a despidos colectivos en la Administración Pública.....	505
M ^a ISABEL RIBES MORENO	
Reestructuración de plantillas laborales en las Administraciones Públicas: interinos e indefinidos no fijos	521
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSÚA	
La externalización del servicio público como causa de extinción contractual en el ámbito de las administraciones públicas.....	537
ESTHER GUERRERO VIZUETE	

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD DE TRATO EN EL EMPLEO PÚBLICO

José Sánchez Pérez
Profesor Acreditado Contratado Doctor
Departamento de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad social
Universidad de Granada

SUMARIO

- 1. LOS DIFERENTES ÁMBITOS JURISPRUDENCIALES EN LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO**
- 2. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TS: LA EVOLUCIÓN DEL ARGUMENTO DE LA FUERZA MAYOR**
- 3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TC Y EL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN**
- 4. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TJCE Y LA PRIORIDAD DE LAS DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL DERECHO INTERNO**
- 5. CONCLUSIONES**

1. LOS DIFERENTES ÁMBITOS JURISPRUDENCIALES EN LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO

Se pueden identificar tres ámbitos jurisprudenciales desde los que se ha afrontado el análisis del principio de igualdad de trato aplicado en el empleo público. Concretamente nos referimos a la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Desde su particular perspectiva estos ámbitos jurisprudenciales complementan el ordenamiento jurídico sobre el empleo público, cada una en su ámbito competencial.

El derecho de igualdad, y su necesario complemento, el derecho a la no discriminación, ocupa una posición referente en el Capítulo II de la Constitución Española de 1978 junto al derecho a la tutela judicial efectiva. Es así que el artículo 14 prescribe que *«los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»*, en tanto que en relación específica al empleo público, el artículo 23.2 subraya que los ciudadanos *«tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes»*.

No obstante, la jurisprudencia ha distinguido la igualdad del artículo 14 CE que se aplica a todo el personal de las Administraciones Públicas, incluido el personal laboral, en tanto que cuando se trata de funcionarios el precepto, más específico, de aplicación es el que se aborda desde la perspectiva del artículo 23.2 CE¹.

2. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TS: LA EVOLUCIÓN DEL ARGUMENTO DE LA FUERZA MAYOR

Una de las cuestiones más sensibles a la materialización del principio de igualdad de trato a que hacemos referencia tiene que ver con la defensa de la protección al embarazo en el entorno del acceso a la función pública. A este respecto es de especial relevancia la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de marzo de 2014 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Recurso 4371/2012). Se trata de una sentencia pionera que en concreto focaliza su atención en el acceso a la función pública de la mujer embarazada.

Se puede apreciar como el Tribunal Supremo acoge los derechos constitucionales de aplicación. En el supuesto debatido el tribunal calificador de la oposición rechaza la solicitud llevada a cabo por la opositora, la cual, en previsión

¹ Fernández Alles, J.J., Aguilar Bohórquez, J.A.: "El empleo público y su protección jurídica en la última doctrina del Tribunal Constitucional", *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi* 12/2004, pág. 1 y 2.

de que su inminente parto o ingreso hospitalario se produjera en el día que tenía que acudir al examen en que consistía la primera fase de la oposición (un día 30 de noviembre) en que había sido admitida, y en ciudad diferente a la que vivía, le solicitó previamente ser examinada a título individual en su domicilio o en el hospital en que pudiera encontrarse. El tribunal calificador denegó tal solicitud argumentando que *«el lugar fijado para la celebración de la oposición era León y que la base 7.6 de la convocatoria establecía que el llamamiento era único»*. Tal interpretación se considera contraria al derecho de los ciudadanos al acceso a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) y de la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) que se proyecta sobre la maternidad.

Una vez solicitada la variación individual del día de realización del ejercicio, el parto finalmente se produjo el día anterior a la realización del examen, lo cual impidió materialmente que la opositora pudiera desplazarse hasta León y realizar la prueba para la que estaba convocada.

El Tribunal Supremo hace mención de forma referente, entre otra doctrina, a la sentencia del mismo Tribunal, de fecha 27 de abril de 2009. En la misma se recoge un supuesto asimilable en el cual una mujer que acababa de dar a luz solicitó el aplazamiento de la segunda prueba de la convocatoria al tribunal por no encontrarse en condiciones físicas que le permitieran efectuarla.

En esa ocasión, el máximo tribunal entendió que en pruebas que se prolongan a lo largo del tiempo no resulta disfuncional atender, cuando sea posible sin extender el proceso más allá de lo previsto, solicitudes que se encuentren justificadas, sin que ello afecte a la seguridad jurídica ni atente contra las condiciones de igualdad entre los participantes. El pronunciamiento dio lugar a la retroacción del proceso selectivo que había promovido la Generalitat de Catalunya al momento anterior a la celebración de la segunda prueba, para que el Tribunal procediera a su señalamiento y convocatoria de la opositora, al objeto de que pudiera realizar la prueba.

La sentencia, de 14 de marzo de 2014, supone sin duda un paso hacia adelante respecto de los precedentes existentes que no van más allá de la acomodación de fechas respecto de los plazos inicialmente previstos. En esta ocasión la fundamentación jurídica no es otra que los propios derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional: el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo.

Como aprecia el Tribunal, la situación planteada adquiere matices propios del derecho constitucional de igualdad y exige una acción positiva por parte de los poderes públicos. Aprecia el Tribunal que no se trata de una situación de

enfermedad, dado que ni el embarazo ni el parto lo son, ni tampoco es equiparable a una intervención quirúrgica urgente en el sentido que se le da a esta expresión –ni siquiera cuando se recurre a la acción de la cesárea-. Se concreta de forma específica que: *«dar a luz no parece, en fin, una causa de fuerza mayor (como es sobradamente predicado en la jurisprudencia del orden social, concepto que ahora se trae a sede contencioso-administrativa), ya que es el punto final de un proceso natural cuyo único extremo indeterminado es el momento concreto que se produce si bien se sitúa dentro de un período de tiempo delimitado».*

Se está, por tanto, ante el análisis jurídico de un supuesto de hecho muy específico como es el de la mujer que prevé la coincidencia de su parto con las fechas previstas para la celebración de una prueba selectiva de acceso a la función pública, circunstancia que sólo puede darse respecto de la mujer.

A tenor de la circunstancia expuesta, el artículo 23.2 de la CE, junto a la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE) proyecta una serie de derechos que obtienen también tutela y desarrollo a través de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (art. 8), las previsiones del artículo 61.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, así como la propia doctrina del Tribunal Constitucional.

A juicio del Tribunal, lo que procedía era hacer una interpretación de las bases conforme a la Constitución o, si se prefiere de otro modo, a la igualdad. Es así que la base 6.5 de las de la convocatoria permitía al tribunal buscar la forma de acoger la petición de la recurrente o de establecer cualquier otra –refiriéndose incluso la opción del aplazamiento del ejercicio para evitar el perjuicio que sufrió-, sin que pueda servir de disculpa las dificultades materiales para atender la petición de la actora en la instancia o la existencia de trato preferente a su favor.

La repercusión del fallo contenido en esta sentencia es sumamente relevante, si bien es limitada en la medida en que se aplica a un supuesto de hecho muy concreto que no es aplicable a cualquier mujer embarazada sino tan solo a la que está a punto de dar a luz. Habría que examinar en consecuencia si existen otros momentos o situaciones en que se produjera una imposibilidad o limitación significativa derivada de la situación de embarazo para plantear la posibilidad de que se despliegue la infracción del derecho a la igualdad.

En cualquier caso, el planteamiento asumido por la doctrina jurisprudencial de que una mujer embarazada puede verse limitada en sus derechos por razón de su situación física y que no reconocer este estado puede suponer una lesión de su derecho a la no discriminación por razón de su sexo, puede resultar aprovechado para otros supuestos en que exista una situación de embarazo y éste se muestre como

un claro obstáculo para acceder a las pruebas propias de un proceso de selección pública. Éste podría ser el caso en que una mujer embarazada, que no lo está en el momento de la publicación de la convocatoria, se ve obligada por prescripción médica a guardar reposo durante su embarazo, incluido el día del examen, al ser éste de alto riesgo. También podría ser el caso, y es algo frente a lo que se debería ofrecer una adecuada respuesta jurídica, de una mujer que debe enfrentarse a un examen de resistencia física y en el momento de su realización está en un avanzado estado de gestación avanzado o impeditivo.

3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TC Y EL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN

El Tribunal Constitucional ha sentado la doctrina de que el tratamiento desigual tiene un límite que actúa sólo cuando la desigualdad se encuentra desprovista de una justificación objetiva y razonable (STC 256/2004, de 22 de diciembre). Es así que no toda desigualdad de trato supone infracción del art. 14 CE².

Añade el Alto Tribunal que la diferenciación de trato ha de resultar lícita desde el punto de vista constitucional siempre y cuando el fin que se persiga sea lícito y las consecuencias jurídicas de tal diferenciación sean adecuadas a dicho fin, superando el juicio de proporcionalidad en sede constitucional (SSTC 256/2004, 117/1998, 200/2001).

Es múltiple la doctrina del Tribunal Constitucional que aborda la igualdad en la función pública desde diferentes perspectivas. A modo de ejemplo la STC 37/2004, de 11 de marzo se refiere a la edad como factor de eventual discriminación o la STC 86/2004, de 10 de marzo, se refiere a la valoración de méritos.

La STC 37/2004 viene referida al establecimiento de una edad límite aplicable a los aspirantes así como a cualquier otra condición personal. A este respecto se resuelve que cuando se fijen límites que supongan para quienes los hayan rebasado la imposibilidad de acceder a los puestos convocados, para que la condición impuesta sea constitucionalmente admisible se impone a los poderes públicos que deciden la medida diferenciadora la carga de ofrecer los argumentos justificadores de su razonabilidad constitucional. No sería admisible constitucionalmente, de otro lado, que las normas de acceso a la función pública local vinieran a incorporar un requisito relacionado con la edad desconectado de los principios de mérito y capacidad constitucionalmente establecidos (art. 103.3 CE).

² Quintanilla Navarro, R.Y.: “La consolidación del empleo público temporal y el principio de igualdad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. num.50/200814/2008

La sentencia aludida viene a subrayar la dificultad de establecer criterios discriminatorios ya que «*el carácter general de la norma impide su comparación con otra, lo que impide enjuiciar su constitucionalidad desde la óptica de la discriminación*». De ello se deduce la imposibilidad de establecer el término de comparación que excluya la discriminación toda vez que se han de tener en cuenta en cada caso concreto los supuestos de hecho de los funcionarios afectados y de sus puestos de trabajo.

En este contexto ha alcanzado una trascendental relevancia el principio de motivación y razonabilidad distinguiendo a tales efectos la doctrina entre discriminación positiva y discriminación inversa.

La discriminación positiva consiste en aprobar un trato de favor a un determinado grupo que a priori no perjudica a nadie, determinando una situación de igualdad en la línea de salida. La discriminación inversa ha tenido una concreta acogida por la doctrina constitucional dado que ha permitido que exista esta situación para los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales (art. 49 CE) en tres ámbitos diferenciados: a) El acceso a la Universidad Pública; b) El acceso a la función pública y c) El acceso al ámbito privado³.

Otro punto particularmente polémico es el que tiene que ver con la consolidación del empleo público por concurso. En este caso (STC 107/2003, de 2 de junio) el debate confronta la vía adoptada con los principios de mérito y capacidad. Se concreta en el acceso a la función pública en atención al tiempo prolongado en que se han desempeñado satisfactoriamente las tareas encomendadas. Desde esta perspectiva se considera que la valoración como mérito de la antigüedad o experiencia previa no puede estimarse como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable en relación con la finalidad de consolidar un empleo temporal. De esta forma pese a que establece una desigualdad (el acceso a la función pública en función del mérito acreditado y no a través de la oposición libre) ésta viene impuesta en atención a un interés que se considera público y legítimo, sin excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública.

Así, se viene a considerar proporcional y racional la ponderación de los servicios previos realizados en la situación en que la «*relevancia cuantitativa*» no pueda considerarse que va más allá del «*límite de lo tolerable*» (SSTC 195/1994, de 20 de junio; 11/1996, de 29 de enero; y 83/2000, de 27 de marzo).

El derecho a la igualdad en el acceso a la función pública (art. 23.2 CE) requiere, como en cualquier otro supuesto, la aportación de un término idóneo de comparación de manera que se considera infringido cuando el resultado favorece

³ Fernández Alles, J.J., Aguilar Bohórquez, J.A.: “El empleo público y su protección jurídica...”, *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi* 12/2004 *Ibidem*, cit., pág. 5.

indebidamente a un determinado opositor. En este supuesto se expresa la STC 73/1998 cuando toma en consideración que *«para que la desigualdad pueda ser apreciada es necesario que dicha interpretación no hubiera sido extendida a los demás opositores»*.

Las discriminaciones indirectas ocupan otro lugar destacado entre los criterios doctrinales relativos a la igualdad, dado que la forma habitual de incurrir en el comportamiento prohibido por la proscripción de la desigualdad no es la discriminación directa que se sabe directamente ilegítima cuando comporta un tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo.

En este caso, la discriminación indirecta se traduce en aquel comportamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que deriva, por las diferentes condiciones de hecho que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un sexo determinado (SSTC 145/1991, de 1 de julio, 147/1995, de 16 de octubre y 198/1996 de 3 de diciembre).

Ejemplo de la discriminación indirecta descrita es la que comporta la situación de la trabajadora interina que solicita la excedencia para el cuidado de hijos, derecho que a priori solo está reconocido a las relaciones de carácter permanente. En este caso la fundamentación que se otorga a la diferencia de trato comporta el reconocimiento del derecho a quien disfrute de una vinculación con la Administración de forma estable en tanto que se puede negar a quien por motivos de urgencia y necesidad ocupen de forma provisional una plaza hasta en tanto no sea cubierta por funcionarios de carrera. Sin embargo esta justificación del trato diferenciado decae, tal y como se expone en la fundamentación jurídica de la STC 203/2000 y STC 240/1999, *«esta posible justificación del trato diferenciado pierde fundamento, desde la perspectiva constitucional que aquí nos ocupa, cuando se aplica a una persona como la recurrente cuya vinculación de servicio con la Administración supera los cinco años. En este supuesto, la denegación de la solicitud de la excedencia voluntaria sobre la única base del carácter temporal y provisional de la relación funcional y de la necesidad y urgencia de la prestación del servicio, propia de la configuración legal de la vinculación de los funcionarios interinos, resulta en extremo formalista y la restricción del derecho a la excedencia resulta claramente desproporcionada. En este caso no concurre la causa que podía justificar la negación de la titularidad de un derecho relacionado con un bien dotado de relieve constitucional, ni la diferencia de trato entre los dos tipos de personal al servicio de la Administración»*. Se trata, como puede apreciarse, de considerar que no existe justificación objetiva y razonable para entender, desde la perspectiva del artículo 14 CE, que un trabajador funcionario interino que lleva ocupando su plaza durante un periodo superior a 5 años, merece un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera.

Se plantea así un análisis que lejos de incluir automatismos ha de tener en cuenta la trascendencia constitucional del derecho discutido de acuerdo con los intereses y valores que se encuentran en juego.

Incide la STC 240/1999 en que la denegación a las mujeres de la excedencia para el cuidado de los hijos menores cuando ocupan la posición de funcionarios interinos, se traduce en una discriminación de género que se perpetúa pues a día de hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias.

4. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TJCE Y LA PRIORIDAD DE LAS DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL DERECHO INTERNO

El punto de partida en materia comunitaria en las políticas de igualdad pone su acento en la incorporación de la mujer al empleo público en una situación de paridad con el varón. A este respecto es referente la Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que refiere al acceso al empleo, a la formación profesional y a las condiciones de trabajo, que viene a recoger en su artículo 2, apartados 1 y 4: *«1. El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar. [...]»*.

«4. La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1».

Más adelante, como norma que complementa las iniciativas descritas, el artículo 141, apartados 1 y 4 del Tratado de Ámsterdam (en vigor desde el 1 de Enero de 1999) establece que: *«1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. [...]»* y *«4. Con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales»*

Se puede apreciar, a la vista de la norma transcrita, una actuación decidida por parte de las instancias de la Unión Europea de desarrollar el principio de igualdad en el acceso al empleo público. En el contexto europeo, con una actuación seguramente más incisiva que en nuestro país, se han producido supuestos de discriminación positiva cuya aplicación se ha dispuesto para intentar superar la situación de desigualdad histórica de la mujer⁴.

Un ejemplo descriptivo y delimitador del alcance de las políticas de igualdad viene definido por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 6 de julio de 2000. En ella se plantea un supuesto que aplica un Reglamento sueco de 1995 que permite la discriminación positiva. El supuesto de hecho describe el procedimiento de cobertura de una plaza vacante en la Universidad de Goteborg como profesor de Ciencias de la Hidrosfera. En esa convocatoria el Tribunal calificador efectuó dos calificaciones una relativa a la capacitación científica de los candidatos en que el Sr. Anderson obtuvo cinco votos por tres de la Sra. Destouni, y una segunda votación en aplicación del referido reglamento sueco por el que el Sr. Anderson obtuvo dos votos frente a seis de la Sra. Destouni. Posteriormente tras la renuncia de la Sra. Destouni el Tribunal calificador rehusó volver a realizar las calificaciones, constatando únicamente que las diferencias entre el candidato masculino y el femenino (Sras. Abrahamsson y Fogelqvist) eran considerables a favor del primero. Finalmente el Rector de la Universidad decidió nombrar a la Sra. Fogelqvist considerando que las diferencias entre los respectivos méritos no alcanzaban un valor tan considerable para dejar inaplicado el criterio de la discriminación positiva.

A la hora de la resolución del supuesto planteado el TJCE plantea en primer lugar que el proceso ha de ser transparente, de tal manera que se puedan excluir las apreciaciones arbitrarias acerca de la capacitación de los candidatos. De otro lado se plantea que no cabe la aplicación de automatismos que impliquen la concesión de una preferencia al candidato de sexo infrarrepresentado (término eufemístico utilizado para referirse al sexo femenino). Finalmente tras confrontar la normativa nacional (el citado Reglamento) con el artículo 141.4 del Tratado el Tribunal concluye que el establecimiento de normativas destinadas a garantizar la plena igualdad de sexos autoriza a los Estados a compensar desventajas que surjan en las carreras profesionales pero no autoriza un método de selección cuyo objeto —como es el caso examinado— resulta desproporcionado respecto de la finalidad prevista.

Los preceptos aludidos de la Directiva 2006/54 que entran en juego en la resolución del supuesto debatido contemplan: el artículo 2, apartado 2, letra c), de la misma Directiva dispone que: «*A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá: [...] c) el trato menos favorable a una mujer en*

⁴ Pulido Quevedo, M.: “Discriminación positiva de la mujer en el acceso al empleo público: las enseñanzas del Derecho Comunitario Europeo”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 9/2000, pág. 2.

relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE [del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia]», mientras que el artículo 14 de la Directiva 2006/54 expresa que: «1. No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: [...] c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Tratado»

En último término el artículo 15 de dicha Directiva, relativo a la reintegración tras el permiso de maternidad, establece que: *«La mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia».*

Una muestra del Derecho comunitario en el ámbito del acceso al empleo y las condiciones de trabajo en situación de igualdad entre hombres y mujeres viene determinada por el denominado caso Kleis que dio lugar a la sentencia, de 18 de noviembre de 2010, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El objeto de debate se centra en la normativa nacional que, con el fin de promover el acceso al empleo de personas más jóvenes justifica el que una empresa pública despidiera a sus trabajadores que han adquirido derecho a la pensión de jubilación, teniendo en consideración que ese derecho lo adquieren las trabajadoras a una edad inferior en cinco años a la edad en que lo hacen los trabajadores.

Se plantea la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. El precepto cuya aplicación se cuestiona es el artículo 3, apartado 1, letra c), de dicha Directiva, según el cual *«la aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con [...] las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido y de retribución de conformidad con lo establecido en la Directiva 75/117/CEE»* del Consejo, de 10 de febrero de 1975. Esta última Directiva viene referida a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores de sexo masculino y femenino.

La Sra. Kleist impugnó su despido ante el Tribunal Regional de Innsbruck entendiéndolo que la normativa controvertida (ley nacional) constituye una discriminación por razón de sexo en la medida en que permite al empresario jubilar a una trabajadora cuando alcanza la edad que le confiere la edad de jubilación (60 años), considerando que el derecho a pensión se adquiere en momentos diferentes en función de que el trabajador sea hombre o mujer.

El organismo austriaco de pensiones de jubilación justifica la diferencia de trato invocando el objetivo de la promoción del empleo de los más jóvenes, lo que no constituye por tanto discriminación ilícita. El Tribunal Supremo austriaco (Oberster Gerichtshof) por su parte plantea como cuestión prejudicial si la Directiva debe interpretarse en el marco de un sistema de Derecho Laboral que supedita la protección general de los trabajadores frente al despido a la dependencia social (económica) que éstos tengan de su puesto de trabajo; es decir, si resulta de aplicación una vez que el trabajador ha accedido a la protección que deriva del derecho a la percepción de una pensión de jubilación.

El Tribunal de Justicia establece que en consideración a la importancia fundamental del principio de igualdad de trato la excepción a la prohibición de discriminación por razón de sexo debe interpretarse de modo restrictivo, de modo que en el caso concreto, esa diferencia de trato no se puede justificar por el objetivo de la promoción del empleo de los más jóvenes, concluyéndose que la misma constituye una discriminación directa por razón de sexo.

En conclusión el Tribunal declaró que debe interpretarse la Directiva 76/207 (art. 3.1.c) en el sentido de que constituye una discriminación por razón de sexo prohibido por dicha Directiva una normativa nacional que, con el fin de promover el acceso al empleo de los más jóvenes, permite a un empresario despedir a los trabajadores que han adquirido el derecho a pensión de jubilación, partiendo de que las mujeres adquieren ese derecho a una edad inferior en cinco años de edad en que lo hacen los hombres.

Es tema de debate la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación en un supuesto en que se da de baja a una mujer en permiso de maternidad de una formación profesional que forma parte esencial de su puesto de trabajo y que es obligatoria para poder optar a un nombramiento definitivo como funcionario.

Otro reciente supuesto de alcance del Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene constituido por el denominado caso Napoli, sentencia de 6 de marzo de 2014. En este caso se suscita la interpretación de los artículos 2, apartado 2, letra c), 14, apartado 2, y 15 de 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.

Más concretamente se ha de precisar que la Sra. Napoli aprobó el concurso-oposición de subcomisario del cuerpo ordinario de la policía penitenciaria siendo admitida para participar en el curso de formación que debía comenzar unas semanas después. Tal curso de formación profesional forma parte esencial del puesto de trabajo y es obligatorio para optar a un nombramiento definitivo como funcionario, así como para mejorar las condiciones de trabajo. Sin embargo, la Amministrazione penitenziaria le comunicó que, en virtud de la legislación nacional (artículo 10, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 146/2000) sería dada de baja y se le dejaría de abonar la retribución. El motivo de la inasistencia al curso de formación vino determinado por la situación de maternidad de la trabajadora del que derivó un permiso obligatorio de tres meses de duración.

El objetivo que pretende la norma que se dice infringida persigue que cada subcomisario en prácticas siga una formación profesional adecuada y completa antes de que se le atribuyan funciones institucionales, quedando frustrada la finalidad perseguida no sólo por las ausencias facultativas, sino también y de la misma manera, por las ausencias obligatorias. A nivel nacional se da por zanjada la cuestión garantizando el derecho a participar en la siguiente formación que se lleve a cabo cuya fecha de realización resulta incierta.

Sin embargo a la luz de la normativa comunitaria se atiende la petición realizada por la trabajadora teniendo en cuenta varios argumentos esgrimidos. De entrada, en el artículo 14.1 de la Directiva 2006/54 se concretan los ámbitos en que no cabe discriminación, prohibiéndose las discriminaciones directas e indirectas en las condiciones de acceso al empleo, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación en el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, en la formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional.

Seguidamente en el artículo 15 se establece que la mujer en permiso de maternidad tiene derecho, una vez finalizado el periodo de permiso a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no resulten menos favorables. Tal y como se aprecia la Sra. Napoli mantiene una relación laboral en tanto que los cursos en que fue dada de baja debido a su ausencia por el permiso obligatorio de maternidad se imparten en el marco de esa relación laboral y tienen como objetivo prepararla para un examen que, de ser aprobado, le permitiría acceder a un nivel jerárquico superior. Resulta patente por tanto que la baja causada en el curso de formación profesional como consecuencia del permiso de maternidad ha influido negativamente sobre las condiciones de trabajo, habiendo perdido una

oportunidad de beneficiarse, al igual que sus compañeros, de una mejora de esas condiciones laborales constatándose en consecuencia el trato menos favorable que el precepto comunitario proscribire.

Cabe concluir por tanto que, constatado que el artículo 15 de la Directiva de referencia dispone en términos claros, precisos e incondicionados que la mujer en permiso de maternidad tiene derecho, una vez finalizado el permiso de maternidad, a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia, queda en evidencia que corresponde al juez nacional en el marco de su competencia aplicar el Derecho de la Unión Europea, quedando obligado a garantizar la plena eficacia de sus normas, dejando inaplicadas, si procede cualesquiera disposiciones que resulten contrarias de la legislación nacional aunque sean posteriores y sin esperar a la derogación previa de éstas.

5. CONCLUSIONES

Como se puede apreciar son varios los ámbitos de manifestación del derecho de igualdad de trato en el empleo público.

Tradicionalmente en la jurisdicción común, expresada a través de los pronunciamientos del Tribunal Supremo, ha sido frecuente el recurso a la fuerza mayor como argumento central de las demandas articuladas en relación a la igualdad de trato en el ámbito del empleo público. Sin embargo la pionera sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2014 ha supuesto una opción decidida que ha permitido la entrada en juego de los preceptos constitucionales (artículo 23.2 de la CE, junto a la prohibición de discriminación por razón de sexo, artículo 14 CE), dejando abierta la posibilidad de que se produzca una interpretación más flexible que la que se deduce del incumplimiento de la igualdad de trato en supuestos de coincidencia entre el parto y la convocatoria de las pruebas selectivas de acceso al empleo público.

Desde una perspectiva más incisiva, el Tribunal Constitucional pone su énfasis en la relevancia del principio de motivación y razonabilidad distinguiendo a tales efectos la doctrina entre discriminación positiva y discriminación inversa. Recordamos que la discriminación positiva consiste en aprobar un trato de favor a un determinado grupo que a priori no perjudica a nadie, determinando una situación de igualdad en la línea de salida, mientras que la discriminación inversa ha permitido que exista esta situación para los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales (art. 49 CE) distintos ámbitos diferenciados entre los que se encuentra el acceso a la función pública. También se incide en la discriminación indirecta y su casuística limitando sus efectos y consecuencias.

En último término, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se muestra como la más evolucionada habiendo dado entrada al desarrollo concreto de precepto como el artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 76/207/CEE, según el cual *«la aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con [...] las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido y de retribución»*. Ello comporta que una normativa nacional no puede incumplir el espíritu que refleja la norma de modo que el juez a la hora de la aplicación del derecho debe hacer prevalecer el principio de igualdad de trato, huyendo de toda discriminación directa o indirecta a que se pueda dar lugar. También, al respecto de la discriminación positiva se considera que el establecimiento de normativas destinadas a garantizar la plena igualdad de sexos autoriza a los Estados a compensar desventajas que surjan en las carreras profesionales pero no autoriza un método de selección cuyo objeto pueda resultar desproporcionado respecto de la finalidad prevista.