STC 2/2017, de 16 de enero de 2017

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 2723-2015, promovido a instancia de doña Nuria Ruiz Gómez, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Teresa de Jesús Castro Rodríguez y asistida por la Letrada doña Sonia Sierra Martín, contra la Sentencia de 9 de marzo de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, estimatoria del recurso de suplicación interpuesto por la representación de la mercantil Ferroser Servicios Auxiliares, S.A. (antes Eurolimp, S.A., por cambio de denominación social), contra la precedente Sentencia de 21 de octubre de 2013 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Jerez de la Frontera, sobre declaración de derecho y reclamación de cantidad, que, por el contrario, había estimado la demanda formalizada por la ahora recurrente de amparo. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Narváez Rodríguez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. En fecha 12 de mayo de 2015 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal la demanda de amparo presentada por la Procuradora de los Tribunales doña Teresa de Jesús Castro Rodríguez, en nombre y representación de doña Nuria Ruiz Gómez, bajo la dirección letrada de doña Sonia Sierra Martín, contra la Sentencia de 9 de marzo de 2015, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, recaída en los autos núm. 698-2014, que, con estimación del recurso de suplicación interpuesto por la mercantil Ferroser Servicios Auxiliares, S.A., acordó revocar y dejar sin efecto la anterior Sentencia de 21 de octubre de 2013, del Juzgado de lo Social núm. 3 de Jerez de la Frontera,

pronunciada en los autos núm. 580-2011, sobre declaración de derecho y reclamación de cantidad, que, por el contrario, había estimado la pretensión de la actora, en su calidad de trabajadora por cuenta ajena, dependiente de la referida entidad mercantil.

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) La ahora demandante de amparo, doña Nuria Ruiz Gómez, con contrato laboral indefinido por cuenta de la mercantil Eurolimp, S.A. (hoy Ferroser Servicios Auxiliares, S.A.), para la que prestaba servicio con la categoría profesional de limpiadora, con jornada parcial de 20 horas semanales y con desarrollo de su actividad laboral en el Centro de Salud Doctor Tolosa Latour de Chipiona (Cádiz), el día 28 de marzo de 2010 causó baja laboral por embarazo de riesgo, situación en la que permanecería hasta el día 28 de marzo de 2011. Entretanto, la entidad empleadora, con fecha 5 de julio de 2010, contrató, con carácter indefinido, a doña Isabel Rodríguez Gil, para prestar el mismo servicio de limpiadora, pero con una jornada laboral de 30 horas semanales y con destino en el nuevo centro de salud del Arroyo, sito en la misma localidad de Chipiona.

Cuando la actora se reincorporó a su puesto de trabajo y tuvo conocimiento de la existencia del nuevo contrato y de la duración ampliada del mismo, en fecha 20 de abril de 2011, instó de la empresa su traslado al nuevo centro de trabajo, así como la ampliación de su jornada semanal, de 20 a 30 horas, invocando su derecho preferente a ocupar dicho destino y en las mismas condiciones laborales que tenía la nueva trabajadora.

b) Ante el silencio de la empleadora y resultado sin efecto el previo acto de conciliación, la representación procesal de la actora presentó el día 20 de junio de 2011 demanda declarativa de derecho y reclamación de cantidad por daños y perjuicios contra la entidad Eurolimp, S.A. (hoy Ferroser Servicios Auxiliares, S.A.), en el Decanato de los Juzgados de lo Social de Jerez de la Frontera, a fin de que fuera declarado su derecho preferente a ocupar el nuevo puesto de trabajo antes detallado, con renovada duración de 30 horas semanales y, asimismo, con reclamación de su derecho al abono de una indemnización de 7,01 € diarios a partir del día 21 de abril de 2011, fecha en la que instó de la entidad

empleadora su solicitud de ampliación de jornada semanal y de traslado al nuevo centro de trabajo.

c) La demanda dio inicio a los autos núm. 580-2011, que correspondieron por turno de reparto al Juzgado de lo Social núm. 3 de Jerez de la Frontera, si bien la actora amplió su pretensión, en calidad de parte codemandada, a doña Isabel Rodríguez Gil, que era la trabajadora que había sido contratada por la mercantil Eurolimp, S.A., para cubrir, con un contrato de 30 horas semanales, las necesidades de la empresa y la había destinado al nuevo centro de trabajo que, del mismo modo, pretendía la ahora recurrente. Una vez dado curso a los trámites correspondientes, el Juzgado dictó Sentencia el día 21 de octubre de 2013 por la que estimó íntegramente las pretensiones de la trabajadora ahora recurrente. En el fallo, la resolución reconocía el derecho de la demandante a ver incrementada su jornada semanal de trabajo en 10 horas más, debiendo a tal fin ser adscrita de inmediato al nuevo centro de trabajo, el Centro de Salud del Arroyo de Chipiona (Chipiona II) en jornada de 30 horas a la semana, con efectos desde el día 21 de abril de 2011 (día en que había formulado su reclamación a la empleadora), al tiempo que condenó a la mercantil Eurolimp, S.A. (Ferroser Servicios Auxiliares, S.A.), a estar y pasar por la anterior declaración y a abonar a la demandante la suma final de 7,01 € diarios desde la mencionada fecha hasta su reubicación definitiva, en concepto de daños y perjuicios a ésta infringidos por el desconocimiento de su preferencia frente a doña Isabel Rodríguez Gil.

En el fundamento de derecho segundo de su resolución, el juzgador de instancia, no sólo apreció infracción del art. 23 del convenio colectivo de limpieza de edificios y locales comerciales para la provincia de Cádiz (publicado en el “Boletín Oficial de la Provincia de Cádiz” de 25 de febrero de 2010), aplicable al caso, que reconocía a los trabajadores vinculados a las empresas del sector por contratos de trabajo a tiempo parcial un derecho de preferencia frente a terceros, “en aquellos casos en que la empresa tenga necesidad de realizar nuevas contrataciones, que incrementen el número de horas de prestación de servicios”, sino que, asimismo, en el apartado 2 del indicado fundamento jurídico, declaró que, además de “ilegal”, por haber contravenido “la fuerza vinculante del Convenio”, era, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, también “inconstitucional” aquella actuación de la empleadora porque había vulnerado el derecho fundamental de igualdad (art. 14 CE) y su derecho a no ser discriminada por razón de sexo, al haber inobservado la empresa “su preferencia para incrementar la prestación de servicios… en diez horas semanales más (con el

traslado efectivo de la actora en un futuro —cuando tras la maternidad se reincorporase— al nuevo centro de trabajo)", unido "a la ausencia total de demostración —por parte de dicha empleadora— de la imposibilidad jurídica de realizar contrataciones laborales ex novo que tal prioridad garantizasen", por lo que, según recoge la sentencia, "encuentra su explicación únicamente en el mero dato, harto rechazable, de la baja laboral de la actora, una baja por cierto cualificada por (ser) solo posible en atención a su condición de mujer, ya que lo era por embarazo de riesgo.(sic)"

d) Contra la Sentencia recaída en la instancia, la representación procesal de la empresa demandada, que ya era Ferroser Servicios Auxiliares, S.A. (por sucesión empresarial de la anterior Eurolimp, S.A.), interpuso recurso de suplicación, con fundamento en el único motivo de la incorrecta aplicación del art. 23 del convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Cádiz, que ponía en relación con el art. 14 CE y con la jurisprudencia aplicable al supuesto, sin que por su parte se hubiera suscitado controversia alguna sobre los hechos declarados probados.

Alegaba en este sentido la recurrente que, cuando se produjo la necesidad de tener que "cubrir el incremento en el volumen de prestación que se genera con la apertura del centro de Salud del Arroyo de Chipiona (que) es el 5 de julio de 2010, 'no (había) posibilidad real para la actora de beneficiarse de la cobertura de ese incremento, ni de la empresa de dar cumplimiento al precepto que se considera infringido, ya que no hay trabajadoras a tiempo parcial que solicitaran la cobertura de dicho centro'. Señalaba, en este sentido, la recurrente que era 'clarificador el hecho de que no (hubiera) ni una sola reclamación aparte de la de la actora en relación a la cobertura de dicho incremento.' Agregaba a lo expuesto que, 'en el caso de la actora, además de lo anterior (concurría) el hecho de que no podía en modo alguno cubrir el incremento, por encontrarse en plena baja maternal, no siendo en ningún caso el motivo de la imposibilidad, la baja o su causa, sino la imposibilidad de realizar una prestación efectiva de servicios en el momento en que se produce la necesidad'".

En el parecer de la recurrente, la conclusión a la que habría llegado el juzgador de instancia "implica necesariamente la inclusión de escenarios distintos a los que refleja el artículo (art. 23 del Convenio) y por tanto un criterio alejado de la realidad que se pretende, al incluir una supuesta obligación erga omnes en la preferencia que se indica en el precepto".

También, la entidad recurrente rechaza la apreciada vulneración del art. 14 CE porque, a su entender, el juzgador de instancia, ni ha especificado exactamente cuál de los derechos a que se refiere dicho artículo se ha infringido, ni tampoco se ha acreditado el hecho concreto que haya provocado dicha vulneración, insistiendo en que, como empresario, se ha limitado "a gestionar el incremento del volumen de prestación de la manera que exige el pliego de condiciones técnicas y administrativas que regula la adjudicación de la que (aquel) es titular, que ordena la necesidad de cubrir este tipo de circunstancias de manera óptima".

e) Por su parte, la representación de la trabajadora demandante se opuso al recurso de suplicación formalizado por la empresa, dando respuesta contradictoria a las consideraciones de legalidad que, en relación con la denunciada incorrecta aplicación del art. 23 del convenio colectivo, había hecho la empleadora, insistiendo en este extremo en su derecho preferente a la ampliación de jornada en diez horas semanales más, y en la obligación que, a su parecer, tenía la empresa de trasladarla al nuevo centro de trabajo, tal y como lo había solicitado después del disfrute de la baja por maternidad y de su reincorporación al trabajo.

Además, concluía su argumentación destacando que "la actuación de la empresa obviando lo dispuesto en el convenio colectivo, vulnera lo establecido en el artículo 14 de la Constitución, ya que la empresa sustenta su rechazo y defensa tan sólo en la baja por riesgo durante el embarazo de la recurrida".

f) La Sentencia de 9 de marzo de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, estimó el recurso interpuesto por Ferroser Servicios Auxiliares, S.A., revocó la sentencia impugnada y absolvió a la recurrente de las pretensiones deducidas en su contra.

En el fundamento jurídico único de su resolución, la Sala, después de hacer mención expresa al contenido íntegro del art. 23 del convenio colectivo de referencia, invocado por la empleadora recurrente y de hacer una detallada cita de la jurisprudencia sobre la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos, que "es facultad de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual", a la que agrega otra extensa referencia a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre las cláusulas

contenidas en los convenios colectivos, se detiene en el análisis del supuesto de autos, para destacar de modo textual que “en el caso de autos, la actora es baja IT (por incapacidad temporal) el 28/03/2010, siendo su centro de trabajo el C.S. (Centro de Salud) Dª Tolosa Latour, incorporándose el 28/03/2011 y la codemandada fue contratada para el nuevo Centro de Salud, por lo que fue entonces cuando nació la ´necesidad¨, no existiendo pues la preferencia de la actora, y en consecuencia, se impone la estimación del motivo y del recurso, revocando la Sentencia de instancia…”. En el fallo, la Sala deja sin efecto la Sentencia impugnada y absuelve a la empleadora, Ferroser Servicios Auxiliares, S.A., de las pretensiones deducidas en su contra.

3. En su demanda de amparo dirigida contra la Sentencia de 9 de marzo de 2015, dictada en trámite de suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, la representación de la actora alega vulneración del art. 14 CE, al considerar conculcado gravemente su derecho a no ser discriminada por razón de sexo.

Después de hacer mención a la doctrina de este Tribunal sobre el derecho fundamental de referencia, así como a la normativa europea y nacional sobre esta materia, alega que la Sentencia impugnada y la conducta empresarial, han relegado el “derecho de la recurrente a la ampliación de su jornada, en el hecho de que estaba de baja por riesgo durante el embarazo en el momento en que la empresa necesitó realizar nuevas contrataciones, que incrementaron el número de horas de prestación del servicio”. A su entender, “el embarazo y el parto inciden de forma exclusiva en las mujeres, lo que motivó este tratamiento peyorativo”.

Seguidamente, expone la demanda que “si se analiza la respuesta dada tanto por la empresa como por la Sentencia de la Sala, fundada en que estaba de baja por riesgo durante el embarazo y maternidad, no resulta respetuosa con el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, por lo que se dio un tratamiento desfavorable en cuanto a su derecho preferente a la ampliación de jornada reconocido en el convenio colectivo de aplicación, en relación con el hecho de su maternidad”.

Según su parecer, “la Sentencia de suplicación se aparta de los criterios de valoración adoptados por el Tribunal Constitucional en supuestos como el considerado, obviando que se podrían haber realizado contrataciones laborales ex novo, que garantizasen la prioridad de la

recurrente, con el traslado y ampliación de la jornada en el futuro, cuando tras la situación de maternidad se reincorporase".

Finalmente, la demanda justifica la especial trascendencia constitucional del recurso en el sentido de que, a su entender, se plantea un problema que, con fundamento en el art. 50. 1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), "permite al Tribunal Constitucional aclarar o precisar la doctrina" (con cita de varias Sentencias de este Tribunal que se inicia con la STC 136/1996, de 23 de julio, y finaliza con la STC 66/2014, de 5 de mayo) sobre "la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo, en los supuestos de reconocimiento de derechos de trabajadoras embarazadas, determinando si el contenido y alcance de esa doctrina puede ser extendido a otros supuestos y, más concretamente, al supuesto del reconocimiento del derecho preferente a la ampliación de la jornada de trabajo". En concreto, se refiere al supuesto de "trabajadoras contratadas a tiempo parcial, y embarazadas a las que, teniendo un derecho preferente a la ampliación de jornada, se deniega dicha ampliación, sólo por estar en situación de incapacidad temporal por riesgo durante el embarazo".

4. Por providencia de 14 de abril de 2016, la Sala Segunda, Sección Cuarta de este Tribunal acordó la admisión a trámite del recurso de amparo, apreciando que "concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2 b)]." Por ello, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, a fin de que, en plazo no superior a diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de suplicación núm. 698-2014. Asimismo, acordó dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo Social núm. 3 de Jerez de la Frontera para que, en el mismo plazo, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento núm. 580-2011, debiendo, a su vez, emplazar 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 23 de junio de 2016 en el registro general de este Tribunal, se personó en el recurso de amparo el Procurador de los Tribunales

don Álvaro García de la Noceda de las Alas Pumariño, en nombre y representación de Ferroser Servicios Auxiliares, S.A., con la asistencia letrada de don Oscar Muela Gijón, solicitando que se le tuviera por comparecido en tiempo y forma en el proceso constitucional y que se entendieran con él las sucesivas diligencias del presente recurso de amparo.

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 nombre y representación de la empresa Ferroser Servicios Auxiliares, S.A., al Procurador de los Tribunales don Álvaro García de la Noceda de las Alas Pumariño, y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, en la misma, 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 septiembre de 2016 presentó su escrito en el registro general de este Tribunal la representación de la demandante de amparo, en el que dio por reproducidas las alegaciones sostenidas en el precedente de demanda.

8. El día 19 de septiembre de 2016 presentó su escrito de alegaciones la representación de Ferroser Servicios Auxiliares, S.A., expresando que hacía suyos la fundamentación y el fallo de la Sentencia dictada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en lo que a la supuesta conculcación de derechos fundamentales se refiere.

A su parecer, no ha habido ningún tipo de acción llevada a cabo por la empresa “susceptible de ser considerada contraria a los derechos constitucionales que amparan a la trabajadora” demandante.

Señala, al respecto, que “la trabajadora construye su reclamación en base a que el hecho de que haya cubierto una vacante que surge cuando la trabajadora se encontraba de baja maternal y por tanto sin posibilidad alguna de ocupar efectivamente ningún puesto, supone una vulneración de sus derechos constitucionales”. Por tanto, la tesis sostenida por la entidad ahora demandada hace referencia a que ésta se vio en la necesidad de tener que contratar a otra trabajadora para cubrir nuevas necesidades que surgieron mientras perduraba la baja por embarazo de la actora, agregando a lo expuesto que, “independientemente de que la

trabajadora pretendiese ocupar ese puesto cuando finalizara su incapacidad, no se puede pretender justificar que la empresa debería haber esperado para cubrir esa vacante ad eternum, cuando además la causa que fundamenta la adjudicación administrativa… 'del servicio a aquélla es'… la atención de las necesidades del cliente, la limpieza de las instalaciones de los centros adscritos al servicio…" que "no (podían) quedar desatendidos hasta que la trabajadora estuviera en condiciones de prestar servicio".

En relación con la concreta vulneración del derecho fundamental a no ser discriminada por razón de sexo denunciada por la demandante, opone la mercantil que no se ha acreditado por aquélla qué hecho concreto ha provocado dicha infracción, limitándose el juzgador "a decir que se ha vulnerado el artículo 14 CE porque el motivo de la baja era la maternidad… y por ser mujer, sin que haya mención alguna ni en la Sentencia ni en la prueba practicada de la que se derive un solo acto del empresario que implique esa vulneración".

A su entender, de los hechos declarados probados se deduce que, en el momento de la contratación de la nueva trabajadora, "la actora se encuentra de baja maternal, y no hay una petición por parte de ésta, ni en el momento, ni siquiera con carácter previo que resulte rechazada por el empresario", sino que éste se ha limitado "a gestionar el incremento del volumen de prestación de la manera que exige el pliego de condiciones técnicas y administrativas que regula la adjudicación" de la que la entidad empleadora es titular, que ordena "la necesidad de cubrir este tipo de circunstancias de manera óptima".

Por todo ello, termina solicitando que se tenga por presentado el escrito de alegaciones y por admitido el contenido del mismo, dándole el trámite correspondiente.

9. El día 5 de octubre de 2016 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, que inició su escrito exponiendo los antecedentes del caso que consideraba relevantes para inmediatamente suscitar en la fundamentación jurídica de aquel la problemática relativa a "si cabe cuestionar", que, en el caso de autos, debiera apreciarse el óbice relativo a la falta de cumplimiento del requisito del agotamiento de la vía judicial previa, pues, a su entender, la demandante debería haber promovido el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que ahora recurre en amparo.

A tal efecto, con apoyo en la STC 77/2015, de 27 de abril, FJ 1, del que recoge expresamente el pasaje que destaca la exigencia de promover el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones cuando “la vulneración del derecho fundamental cuya protección se impetra en amparo por la parte recurrente, se imputa a la última resolución que cierra la vía judicial y no antes, razón por la cual, la formulación del incidente de nulidad de actuaciones se convierte en una condición necesaria para poder considerar cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa”, llega a la conclusión de que la parte actora no ha agotado la vía judicial previa, toda vez que, si la misma ha indicado en su demanda que no era posible interponer el recurso extraordinario de casación para unificación de doctrina por no existir o encontrar sentencia de contraste, “la tacha (que) se imputa a la Sentencia cuestionada dictada en suplicación, por haber prescindido de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su derecho a la ampliación de la jornada solicitada, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que esta pudieran ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma”, debería haber promovido el indicado incidente extraordinario.

Por otra parte, en lo que atañe a la cuestión de fondo suscitada por la demandante, después de una extensa cita de la doctrina de este Tribunal (SSTC 66/2015, FJ 3; 3/2007, FJ 2; 173/2013 FJ 6, y 66/2014, FJ 4, por el orden que aparece en el escrito de alegaciones), afirma la Fiscal que la Sentencia de suplicación “ahora cuestionada acogió la tesis empresarial, marginando la toma en consideración de lo que era lo debatido, esto es, la maternidad de la trabajadora, para referirse en exclusividad a la situación de baja por IT (incapacidad temporal), lo que determinaba que la misma no tuviese preferencia en la contratación, sin otra argumentación”.

Finaliza sus alegaciones destacando que “la Sala de lo Social marginó la dimensión constitucional de lo debatido, a pesar de que ello había sido la razón de decidir de la sentencia de instancia y formaba parte del recurso de suplicación de la empresa, impugnado por la trabajadora. Acreditada la situación de baja por riesgo de embarazo y sucesiva maternidad de la trabajadora y el perjuicio de ello derivado, se estaba en presencia de los presupuestos de vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo protegido por el artículo 14 CE, esto es, la concurrencia de un factor protegido, en este caso el embarazo y la maternidad, como realidad biológica afectante solo a la mujer y de otro lado, el perjuicio asociado al

mismo, en el concreto ámbito de las relaciones laborales, al impedirle a la trabajadora la ampliación de su jornada laboral, debiendo recordarse que es doctrina reiterada del TC, la de que los derechos fundamentales pueden vulnerarse tanto por lesiones intencionadas como por lesiones objetivas no intencionales, y que no tienen valor legitimador la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio."

En opinión de la Fiscal, se produjo la vulneración denunciada al desconocer tal dimensión constitucional y abstenerse de ponderarla.

Concluye sus alegaciones solicitando la inadmisión del recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa y, de modo subsidiario, el otorgamiento del amparo con declaración por este Tribunal de la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la actora, así como a la anulación de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de marzo de 2015.

10. Por providencia de 12 de enero de 2017, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Es objeto del presente recurso de amparo la Sentencia de 9 de marzo de 2015, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, a la que la demandante le 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 la contraparte en el proceso judicial, la mercantil Ferroser Servicios Auxiliares, S.A., contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Jerez de la Frontera de 21 de octubre de 2013, y revocó el pronunciamiento estimatorio de las pretensiones sostenidas por la ahora demandante de amparo que aquél 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 el restablecimiento en su derecho con un fallo de este Tribunal favorable a las concretas pretensiones que, en su momento, instó de la jurisdicción social.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa, primeramente, la inadmisión del recurso de amparo, por entender que ha concurrido el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa, y, como pretensión subsidiaria para el caso de su desestimación, el otorgamiento de amparo y la declaración de que la Sentencia recurrida ha vulnerado el derecho a la igualdad (art. 14 CE) y no discriminación por razón de sexo de la recurrente, instando su nulidad, por las razones que se han recogido en los antecedentes de esta resolución.

2. Aunque ninguna de las partes ha puesto en duda la especial trascendencia constitucional de este recurso, exigencias de certeza y buena administración de justicia (STEDH de 20 de enero de 2015, asunto Arribas Antón c. España, apartado 46) obligan a explicitarla para hacer reconoscibles los criterios empleados por este Tribunal en la apreciación de dicho requisito de orden público (entre otras, STC 113/2012, de 24 de mayo, FJ 2, y las allí citadas).

En el presente caso, la especial trascendencia constitucional concurre porque puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2 b)] en el sentido de profundizar en el contenido de la doctrina constitucional sobre la efectividad del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo reconocido en el art. 14 CE. El supuesto de hecho permite valorar ahora la posible aplicación de la doctrina establecida por este Tribunal en las recientes SSTC 66/2014, de 5 de mayo, y 162/2016, de 3 de octubre, a supuestos de trabajadoras con contrato laboral a tiempo parcial que se vean en la necesidad de obtener la baja por embarazo de riesgo y que, durante la pendencia de dicha baja, la entidad empleadora necesite realizar nuevos contratos en distintas condiciones de horarios o de puesto de trabajo para su cobertura.

3. Por otro lado, antes de abordar la cuestión de fondo del asunto planteado, procede, también, dar respuesta al óbice procesal alegado por el Ministerio Fiscal de falta de agotamiento de la vía judicial previa.

En sus alegaciones, la Fiscal entiende que se ha incumplido este presupuesto procesal porque la demandante no promovió el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones contra la Sentencia de suplicación dictada por la Sala de lo Social del Tribunal andaluz, siendo así que el fallo dictado en la misma es el que habría causado la vulneración del derecho

fundamental que ahora invoca, sin que, como así lo reconocía la parte, ésta pudiera formalizar el recurso de casación para unificación de la doctrina, ante la imposibilidad de hallar sentencias de contraste con las que poder confrontar la impugnada. Así pues, la argumentación que sirve de sustento al óbice procesal alegado señala como razón del incumplimiento del presupuesto procesal de referencia que la eventual vulneración del derecho fundamental se habría producido al momento del dictado de la Sentencia de suplicación, por lo que la actora debería haber promovido con carácter previo el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) para el restablecimiento del derecho fundamental infringido, antes de haber acudido a esta vía excepcional y subsidiaria del recurso de amparo.

Así suscitada esta problemática, corresponde determinar a este Tribunal si la demandante llegó o no a agotar la vía judicial previa y, en consecuencia, si debió o no haber formalizado el incidente de nulidad de actuaciones antes de haber interpuesto el presente recurso de amparo.

En este sentido, la doctrina de este Tribunal ha coincidido en declarar (por todos, ATC 293/2014, de 10 de diciembre, FJ 2) que “ciertamente, el incidente de nulidad de actuaciones, a partir de la reforma introducida en el art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, es el instrumento idóneo para obtener ante la jurisdicción ordinaria la reparación de aquellas vulneraciones de los derechos fundamentales referidos en el art. 53.2 CE, que se entiendan cometidas en resolución judicial frente a la que la ley procesal no permita ningún recurso. Así, este precepto exige para la admisibilidad del incidente que la vulneración de que se trate no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario. En consecuencia, no será necesario que el recurrente reitere una queja a través de un incidente de nulidad que, por referirse a una vulneración ya denunciada con anterioridad, deviene manifiestamente improcedente a tenor del indicado precepto”.

Por tanto, a la vista de la doctrina constitucional expuesta y, en relación con el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 241 LOPJ, resulta necesaria su interposición cuando el ordenamiento procesal no haya previsto ningún recurso o medio impugnatorio ordinario o extraordinario al que acogerse para obtener el restablecimiento en su integridad del derecho fundamental vulnerado, pero también el precepto legal exige que la

parte no haya podido denunciar su queja constitucional en un momento inmediatamente anterior al de la resolución que haya puesto fin al proceso. Y es, precisamente, a este segundo requisito al que deberemos atender para ver si, en el caso de autos, resultaba exigible a la actora el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones.

Pues bien, en el presente supuesto no puede reprocharse a la demandante de amparo que no haya formalizado el incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ porque la cuestión de fondo que aquélla ha suscitado, desde el instante mismo de la presentación de su demanda ante los Juzgados de lo Social, ha tenido una dimensión constitucional y no se ha limitado a la mera denuncia del posible incumplimiento de un precepto contenido en un convenio colectivo. La queja que aquélla argumentó ha tenido siempre por fundamento la eventual discriminación por razón de sexo que habría sufrido al no haberle sido reconocido, cuando tuvo ocasión de pedirlo, el derecho preferente a la mejora en las condiciones de trabajo y en el lugar de destino que había solicitado, en la medida en que no pudo ejercitarlo en el momento en que surgió la necesidad empresarial de cubrir nuevos servicios porque en aquél instante se encontraba en situación de baja por embarazo de riesgo, situación ésta en la que únicamente puede hallarse una mujer. Tal problemática, como se ha ido detallando en los antecedentes de esta resolución, ha perdurado en todo momento en el debate procesal, hasta el punto de que la entidad mercantil demandada en el procedimiento siempre tuvo en cuenta, para rebatirlo, el argumento así sostenido de contrario e, incluso, la representante del Ministerio Fiscal en el acto de la vista oral seguido ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Jerez apoyó la pretensión de la actora y puso de manifiesto la eventual vulneración del art. 14 CE en que habría incurrido la empleadora a la hora de denegarle el derecho preferente que había solicitado aquélla. Además, la propia sentencia del Juzgado de lo Social, luego revocada por la que ahora es impugnada en amparo, apoyó su fallo estimatorio, no tanto en la interpretación y aplicación del art. 23 del convenio colectivo correspondiente, cuanto más en la inconstitucional actuación de la empresa, que vulneró el art. 14 CE.

En tales circunstancias, la promoción del incidente de nulidad de actuaciones hubiera resultado materialmente inútil y manifiestamente improcedente, por cuanto hubiera supuesto reiterar una vez más la invocada infracción del derecho fundamental de la ahora demandante a no ser discriminada por razón de sexo, que vino sosteniendo ésta a lo largo de todo el proceso judicial como fundamento de su pretensión de optar a la ampliación de la jornada laboral semanal y a prestar servicio en el nuevo centro de salud. Como ha tenido ocasión de declarar

este Tribunal (por todas, la STC 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 2,) “en supuestos como el que ahora nos ocupa, basta comprobar que los órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos fundamentales luego invocados en vía de amparo constitucional, para estimar cumplido el mencionado requisito. Lo contrario supondría cerrar la vía de amparo constitucional con un enfoque formalista y confundir la lógica del carácter subsidiario de su configuración”.

En consecuencia, ha de ser rechazado el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa alegado por el Ministerio Fiscal.

4. Despejado el óbice procesal, procede entrar ya en el análisis de la cuestión de fondo suscitada en la demanda, que se centra en la queja formulada contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, al entender la actora que vulnera su derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo, reconocido en el art. 14 CE.

Como se ha expuesto de modo pormenorizado en los antecedentes, la Sentencia de la Sala de lo Social de referencia, dictada en trámite de suplicación, estimó el recurso interpuesto por la entidad empleadora, revocó y dejó sin efecto la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social, y, en interpretación de lo dispuesto en el art. 23 del convenio colectivo que regía para la actividad laboral de limpieza de edificios y locales de la provincia de Cádiz, desestimó definitivamente en la vía judicial ordinaria la pretensión de la actora, que había instado el derecho preferente, al que se refería el citado precepto, a obtener una ampliación de su jornada semanal de trabajo y a prestarlo en otro centro de salud distinto de aquél en que lo había venido realizando antes de la baja laboral por embarazo de riesgo.

La vulneración que la recurrente denuncia y que imputa a la Sentencia de 9 de marzo de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, es la de su derecho a no ser discriminada por razón de sexo, tutelado este derecho en el art. 14 CE y, a su estudio, interpretación y aplicación al caso de autos, ceñiremos nuestro enjuiciamiento.

5. El art. 14 CE, reconoce el derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo y 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 del trabajador el de “no ser discriminado directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razón 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.

Por su parte, la doctrina de este Tribunal, de modo reiterado, ha declarado que este tipo de discriminación comprende, no sólo 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, las SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; 17/2007, de 12 de febrero, FJ 3, y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6).

Más concretamente, en relación con el embarazo y su incidencia en las condiciones de trabajo de la mujer, ha declarado también este Tribunal que se trata de un "elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres" (SSTC 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3, y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, entre otras). 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" (SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 74/2008, de 23 de junio, FJ 2, y 92/2008, de 21 de julio, FJ 4). Desde luego, como destaca la STC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 7, "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".

Continúa afirmando la STC 233/2007 (a la que hacen referencia las posteriores SSTC 66/2014, de 5 de mayo, FJ 2, y 162/2016, de 3 de octubre, FJ 4) que, "para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como 'la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquélla tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)' (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 que, desde la perspectiva genérica del principio de igualdad, se exige para la justificación de la diferencia normativa de trato. En efecto, como ha tenido ocasión de declarar este Tribunal (SSTC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5; 66/2014, de 5 de mayo, FJ 2, y 162/2016, de 3 de octubre, FJ 4), “a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo 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 sólo 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”.

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”.

6. Expuesta la doctrina constitucional sobre la efectividad del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo, 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.

La lectura del fundamento jurídico único de la citada Sentencia permite advertir que la Sala no dio la relevancia que merecía el análisis y aplicación al caso de autos del art. 14 CE y centró su argumentación en el análisis del art. 23 del convenio colectivo de aplicación, de limpieza de edificios y locales comerciales de la provincia de Cádiz, resolviendo el conflicto procesal desde la perspectiva de la legalidad ordinaria. En este sentido, la Sala, después de recoger en su integridad el texto del citado precepto, interpreta su contenido sobre la base de dos presupuestos de hecho que venían declarados probados en la Sentencia de instancia y que no habían sido objeto de controversia por las partes, esto es, de un lado que la actora se hallaba en situación de baja por incapacidad temporal cuando la empresa empleadora de la que aquélla dependía contrató a una nueva trabajadora, siendo el lugar de trabajo de la ahora demandante el Centro de Salud Doctor Tolosa Latour; y, de otro lado, que '"la codemandada fue contratada para el nuevo Centro de Salud, por lo que fue entonces cuando nació la 'necesidad"' de dicha contratación, a lo que agrega que no existió "pues la preferencia de la actora". La exposición de ambos presupuestos de hecho no es seguida de una argumentación que haya puesto en conexión con aquellos la posterior afirmación que hace la Sala de que no existió una "preferencia" de la actora para ocupar el nuevo puesto de trabajo, sin que corresponda a este Tribunal deducir conclusión alguna acerca de la conexión o relación que haya podido establecer la Sala entre aquellos dos presupuestos de hecho y el juicio de valor que, acerca de la preferencia invocada, entiende que no tiene la demandante.

Sin embargo, sí es posible deducir del análisis del procedimiento judicial que la problemática planteada por la pretensión de la actora y el debate que se suscitó entre las partes a consecuencia de aquella, ha tenido, no sólo en la instancia sino también en sede de suplicación, una dimensión constitucional que excede del mero juicio de interpretación y aplicación de un precepto convencional que ha hecho la Sala, pues lo que la demandante ha invocado en todo momento es su derecho como trabajadora a no ser discriminada por razón de sexo y lo que la entidad empleadora ha rebatido de contrario es que tal discriminación no se ha producido porque la contratación de la nueva trabajadora habría derivado de nuevas

necesidades empresariales de cobertura del servicio de limpieza en otro centro de salud que había quedado incorporado ex novo a la relación de los que tenía asignados anteriormente.

A lo largo de todo el proceso judicial, ha insistido la recurrente en que su embarazo y posterior maternidad han motivado un trato discriminatorio y peyorativo en su relación laboral, al haberle impedido la entidad empresarial hacer efectivo el derecho de preferencia que le reconocía el art. 23 del convenio colectivo de aplicación, después de que se hubiera reincorporado a su actividad laboral el día 28 de marzo de 2011 y hubiera solicitado en fecha inmediatamente posterior, esto es el día 20 de abril siguiente, el ejercicio y aplicación de ese derecho.

El mencionado art. 23 del convenio dispone, en lo que ahora es relevante y para aquellos trabajadores que estén vinculados con contrato a tiempo parcial, que "los trabajadores/as vinculados a las empresas con contrato de trabajo a tiempo parcial gozarán de preferencia frente a terceros en aquellos casos en que la empresa tenga necesidad de realizar nuevas contrataciones, que incrementen el número de horas de prestación de servicios. Esta preferencia no será de aplicación sobre trabajadores/as contratados a tiempo completo".

En el presente caso, desde la perspectiva del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo que ha sido invocado, la actuación empresarial denunciada, con independencia de si quedó o no acreditado el elemento intencional o la motivación discriminatoria por parte de la citada entidad, debe ser examinada de forma objetiva, esto es, ha de ser valorada desde la perspectiva de si la decisión empresarial de no haberle reconocido a la actora el derecho preferente que invocaba, una vez que hubo cesado en la situación de baja por incapacidad temporal, le ha perjudicado efectivamente a ésta por su condición de mujer, debido a que, al tiempo de la nueva contratación, estaba aquélla en situación laboral de baja por embarazo de riesgo y posterior maternidad y no había podido ejercitar entonces aquél derecho de preferencia que sí hubiera podido haberlo hecho de haber estado en normal actividad.

Pues bien, del relato no controvertido de hechos probados, se aprecia que la trabajadora ha sufrido, en efecto, un perjuicio o trato peyorativo en sus condiciones laborales, que, si bien no se ha producido al tiempo de su reincorporación respecto de las que ya tenía reconocidas al momento de tener que pasar a la situación de baja laboral, sí lo han sido por el

efecto negativo ulterior de habérsele impedido que pudiera ejercitar un derecho de preferencia que le reconocía el convenio colectivo de aplicación para que le fueran concedidas otras condiciones de horario de trabajo semanal y puesto de trabajo que, de acuerdo con sus intereses, reputaba como mejores que las que ya tenía y que habría podido alcanzar si se hubiera encontrado en situación de activo laboral en la fecha en que surgió la necesidad empresarial de establecer una nueva jornada de trabajo semanal ampliada para prestar servicio en un nuevo puesto de trabajo.

Además, esta situación de perjuicio o trato peyorativo viene derivada de su condición de mujer, porque la circunstancia de no haber podido ejercitar el derecho preferente de opción que le atribuía el convenio colectivo en la fecha en que surgió la necesidad empresarial de cubrir nuevos servicios y ampliar la jornada semanal de trabajo se debió en exclusiva al hecho de hallarse en situación de baja laboral por embarazo de riesgo y ulterior maternidad, única situación en la que sólo es posible encontrarse una persona si es mujer. La trabajadora ahora demandante de amparo habría podido ejercitar aquel derecho convencional de no haberse encontrado su contrato suspendido por la baja laboral motivada por el embarazo de riesgo que le había sido diagnosticado, luego la misma se hallaba en una situación de peor condición que el resto de sus compañeros de trabajo a tiempo parcial que se hallaran en activo al momento de surgir la necesidad empresarial y de haber podido ejercitar el derecho preferente, si la entidad empleadora no le daba de alguna manera la posibilidad de ejercitar en algún momento aquel derecho preferencial, lo que la entidad no llegó a hacer en ningún instante.

En definitiva, la entidad empleadora debería haberle dado en algún momento a la actora la oportunidad de ejercitar ese derecho preferente para, de este modo, darle un tratamiento igualitario al que había tenido con el resto de sus compañeros de trabajo a tiempo parcial, que sí tuvieron esa oportunidad.

La falta de comunicación por parte del empresario a la trabajadora de baja para ejercitar o no su derecho de preferencia al tiempo de haberse suscitado la nueva necesidad empresarial, obviándola como trabajadora a tiempo parcial de la empresa que era, así como la negativa a reconocerle dicho derecho a su reincorporación, por haberse cubierto la necesidad tras la contratación de una persona externa, provocó como efecto peyorativo que la demandante perdiera su oportunidad de poder ejercitar aquel derecho preferencial de

incrementar su jornada laboral semanal y su traslado a otro centro, como así lo había pretendido al haberlo solicitado después de su reincorporación a la actividad laboral.

Procede, pues, declarar que la conducta empresarial vulneró el derecho de la demandante de amparo a no sufrir discriminación por razón de sexo. La actuación empresarial así enjuiciada ocasionó una discriminación directa por razón de sexo resultando la trabajadora perjudicada por su condición de mujer, tras la baja por embarazo y maternidad, al habérsele impedido el ejercicio de un derecho preferente de opción a modificar sus condiciones laborales que le reconocía el convenio colectivo aplicable al ramo de su actividad laboral, colocándola en una clara desventaja como mujer trabajadora con el resto de sus compañeros, lo que, en definitiva, contraviene el derecho fundamental reconocido en el art. 14 CE.

7. 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 Andalucía, sede de Sevilla, así como la firmeza de la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Jerez de la Frontera, que hubo estimado en su trámite procesal correspondiente la pretensión de la demandante y apreciada la vulneración del derecho fundamental a no sufrir trato discriminatorio por razón de sexo y que condenó a la mercantil empleadora al reconocimiento del derecho de preferencia que negaba, así como a reparar el perjuicio causado.

F A L L O

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 Nuria Ruiz Gómez y, en su virtud:

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

2º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de 9 de marzo de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, recaída en el recurso de suplicación 698-2014, declarando la firmeza de la Sentencia de 21 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Jerez de la Frontera en los autos 580-2011.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a dieciséis de enero de dos mil diecisiete.

Votos

Voto particular que formula el Magistrado don Pedro José González-Trevijano Sánchez, a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2723-2015

Con el mayor de los respetos manifiesto mi discrepancia respecto de la posición mayoritaria que ha dado lugar a la aprobación de la Sentencia antes indicada. Por ello, en uso de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional formulo Voto particular en los términos que a continuación se exponen.

Mi disconformidad se centra en la desestimación del óbice relativo al defectuoso agotamiento de la vía judicial, que fue planteado por el Fiscal en su escrito de fecha 5 de octubre de 2016; y ello, por la falta de interposición del incidente de nulidad contra la Sentencia recaída en el recurso de suplicación. Como así se expone en el fundamento jurídico 3 de resolución contra la que formulo este voto, la circunstancia que dota de dimensión constitucional al litigio, esto es la discriminación por razón de sexo padecida por la demandante de amparo, fue debidamente esgrimida por esta última y oportunamente rebatida por la entidad demandada, tanto durante el juicio celebrado como durante la sustanciación del recurso de suplicación deducido contra la Sentencia recaída en la instancia, la cual consideró acreditada la discriminación proscrita de que fue objeto la recurrente.

Teniendo en cuenta que los órganos judiciales intervinientes tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre la lesión del derecho fundamental denunciado, la Sentencia aprobada por

la mayoría estima aplicable al caso la doctrina recogida en la STC 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 2. Tal entendimiento le lleva a afirmar categóricamente, en el fundamento jurídico tercero, que “la promoción del incidente de nulidad de actuaciones hubiera resultado materialmente inútil y manifiestamente improcedente, por cuanto hubiera supuesto reiterar una vez más la invocada infracción del derecho fundamental de la ahora demandante a no ser discriminada por razón de sexo”

En el caso analizado en la STC 216/2013, el debate se suscitó en torno a dos pilares fundamentales: la intromisión ilegítima en el derecho al honor alegada por el codemandado en el recurso de amparo, frente al ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información invocado por el demandante en sede constitucional. Consecuentes con los términos del debate, los órganos judiciales que actuaron en las tres instancias se pronunciaron al respecto; y así, en la primera instancia y en sede casacional se apreció la lesión del honor ocasionada al codemandado en el recurso de amparo, mientras que el Tribunal que resolvió el recurso de apelación consideró que la demandada en el proceso judicial —y demandante en el recurso de amparo— ejercitó legítimamente las libertades antes referidas. En resumidas cuentas, en todas las instancias judiciales estuvo presente el dilema acerca la prevalencia de los indicados derechos y, sobre esa cuestión, los órganos intervinientes resolvieron en uno u otro sentido.

En esas circunstancias resulta de todo punto lógico el razonamiento seguido por la STC 216/2013, cuando afirma que “en este caso el carácter subsidiario del amparo ha quedado sobradamente garantizado —el asunto pasó por tres instancias judiciales, en cada una de las cuales hubo ocasión de examinar las alegadas lesiones de derechos fundamentales y se decidió en consecuencia—”. Otro tanto ocurrió en el asunto enjuiciado en la STC 176/2013, de 21 de octubre, en cuyo fundamento jurídico 3 este Tribunal sostuvo que “en el proceso judicial del que este recurso de amparo trae causa, el objeto central de la controversia a lo largo de sus tres instancias consistió en si se habían vulnerado los derechos del demandante a la propia imagen y la intimidad o si, por el contrario, la conducta del demandado se encontraba amparada por el ejercicio del derecho a la información, obteniéndose una respuesta judicial no uniforme en las sentencias de instancia y apelación, por una parte, y de casación por otra”.

Llegados a este punto procede dejar constancia de la disimilitud que media entre los casos contemplados en las Sentencias objeto de anterior cita y el supuesto que ahora nos ocupa, pues el principal dato diferencial reside en la preservación de la subsidiariedad del recurso de amparo que, a juicio del Magistrado que suscribe, no se ha producido en el presente caso. Como bien apunta el Ministerio Fiscal en su informe, la Sentencia dictada al resolver el recurso de suplicación orilló la dimensión constitucional del litigio, al no pronunciarse expresamente sobre la discriminación por razón de sexo. Y ello a pesar de que ese trato peyorativo fue apreciado por la resolución recaída en la instancia y también analizado en el recurso de suplicación y en el correlativo escrito de impugnación.

Por su parte, en el fundamento jurídico 6 de la Sentencia de la que disiento se analiza la argumentación expuesta en la resolución recaída en el recurso de suplicación y, como es de ver, expresamente se censura que la Sala de lo Social no diese la relevancia que merecía el análisis de la aplicación al caso del art. 14 CE, pese a que ese aspecto fue debidamente tratado en la Sentencia recurrida. A la vista de lo indicado, bien puede decirse que el órgano encargado de conocer del recurso de suplicación se limitó a resolverlo desde el prisma exclusivo de la interpretación del precepto convencional aplicable al caso, sin dispensar razonamiento alguno sobre el aspecto nuclear del debate procesal sometido a su decisión; a saber, la referida discriminación por razón de sexo de que fue objeto la trabajadora, con motivo del estado de gravidez en que se hallaba.

En lo expuesto radica, precisamente, la principal diferencia con el caso enjuiciado en la STC 216/2013, cuya doctrina de alcance limitado se aplica al presente caso. Como queda dicho, en la vía judicial del asunto resuelto por la STC 216/2013 los órganos judiciales no sólo tuvieron ocasión de pronunciarse sobre los derechos fundamentales en conflicto, sino que efectivamente resolvieron al respecto sin rehuir el objeto principal de la controversia suscitada. En esas circunstancias, la exigencia de interponer incidente de nulidad frente a la última Sentencia habría supuesto reabrir un debate procesal ya agotado en las tres instancias precedentes y, lo que es más importante, propiciar el dictado de una resolución cuyo bagaje argumental sería todas luces reiterativo.

Sin embargo, en el presente caso esas consecuencias no se habrían producido, toda vez que, de haberse interpuesto el incidente de nulidad, el órgano que resolvió el recurso de suplicación —que, a la postre, fue el que único que ocasionó la lesión— habría tenido ocasión

de dispensar una respuesta expresa sobre el aspecto esencial resuelto en la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social y, en consecuencia, podría haber reparado la vulneración del derecho fundamental que se le atribuye en la demanda de amparo o, cuanto menos, podría haber explicitado las razones por las que no consideró producida dicha lesión, posibilitando con ello la subsidiariedad del recurso de amparo ulteriormente entablado.

En suma, ante los categóricos términos de la Sentencia aprobada por la mayoría, que no sólo proclama la inutilidad de la interposición del incidente ad casum, sino también su manifiesta improcedencia, expresamente sostengo que la formulación del incidente de nulidad resultaba obligada en el presente supuesto, a fin de agotar debidamente la vía judicial. Y ello, tanto por la procedencia formal de su interposición como por su potencial utilidad para remediar la vulneración del derecho fundamental que, en la demanda de amparo, la recurrente atribuye a la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla).

Por todo ello emito mi Voto particular.

Madrid, a dieciséis de enero de dos mil diecisiete.