



## **INFORME JURÍDICO EN RELACIÓN CON LA CONTRATACIÓN DE EDUCADORAS QUE SE ENCUENTRAN EMBARAZADAS EN EL MOMENTO EN QUE SE LES LLAMA DESDE LAS LISTAS PARA TRABAJAR EN EL CENTRO EDUCATIVO IBAIONDO.**

---

1/2016 IL

### **I. ANTECEDENTES**

Por la Dirección de Servicios del Departamento de Administración Pública y Justicia se ha solicitado a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo la emisión de informe jurídico sobre la contratación de determinadas educadoras que se encuentran embarazadas en el momento en que se les llama desde las listas de contratación, recientemente ampliadas, para trabajar en el Centro Educativo Ibaiondo.

Por la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo, adscrita al Departamento de Administración Pública y Justicia, se emite el presente informe, en virtud de las funciones encomendadas a dicho Departamento por el artículo 6.1 h) del Decreto 20/2012, de 15 de diciembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos, así como en base a las competencias atribuidas a la citada dirección por el artículo 13.1 letra a) del Decreto 188/2013 de 9 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Administración Pública y Justicia.

### **II. PROBLEMÁTICA DEL CENTRO EDUCATIVO IBAIONDO**

Una de las peculiaridades del centro de internamiento de menores de Ibaiondo, en Zumarraga (Gipuzkoa) es que por las especiales circunstancias que rodean a la labor ejercida en este centro educativo, no son infrecuentes las agresiones que sufren las educadoras (y educadores) del mismo por parte de los internos que cumplen allí condena.

Este hecho supone que las trabajadoras de este centro, donde aproximadamente el 80 % de los educadores son mujeres, tienen reconocida, dentro de sus condiciones laborales, la circunstancia del “riesgo durante el embarazo” durante la totalidad del periodo de gestación. Es decir, que por la exposición a riesgos para la salud de la trabajadora embarazada o para el feto, las trabajadoras embarazadas tienen derecho a la adaptación de las condiciones o tiempo de trabajo, reasignación a un puesto de trabajo o función diferente compatible con su estado o, subsidiariamente, a la suspensión del contrato, con exoneración por tanto de las obligaciones recíprocas de trabajar correspondiente al trabajador y remunerar el trabajo correspondiente al empresario.

Además, dado la necesidad de tener cubiertos en todo momento la totalidad de los puestos de educadora, en muchos casos los contratos son de muy corta duración, incluso de unos pocos días. A esto se une la circunstancia de que no existe la posibilidad de ofrecer a las educadoras embarazadas del Centro Educativo Ibaiondo ningún otro puesto de trabajo que resulte compatible con su estado. Por tal motivo, en el momento en que se realiza el llamamiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 26.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, no se produce la incorporación efectiva al trabajo, pasando a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

Esta circunstancia puede provocar que, sobre todo en relación con las personas que se incorporado a las listas en la última ampliación, si bien no perciben remuneración económica alguna en concepto salarial (aunque sí desde la Seguridad Social, en concepto de prestación económica por riesgo durante el embarazo), se les certifiquen no obstante servicios como educadoras, cuando nunca han realizado dicho trabajo ni han superado el periodo de prueba establecido.

### **III. NORMATIVA DE APLICACIÓN**

El artículo 14 de la Constitución Española proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón del sexo. Por su parte, el artículo 9.2 del mismo texto consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos.

La igualdad es, asimismo, un principio fundamental en la Unión Europea. En el ámbito laboral tiene especial importancia la Directiva 76/207/CEE del Consejo, 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 2002/73/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, que modifica la anterior.

Estas dos directivas han sido incorporadas al ordenamiento jurídico español mediante la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. El artículo 5 de dicha ley establece que se garantizará la igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo. Además, el artículo 8 indica expresamente que constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.

En virtud de la Disposición Adicional Duodécima de la citada Ley Orgánica 3/2007, de 23 de marzo, se modificó el artículo 26 de la Ley Prevención de Riesgos Laborales, quedando redactados sus tres primeros apartados en los siguientes términos:

*“1.- La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente ley deberá comprender la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.*

*2.- Cuando la adaptación de las condiciones o el tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la*

*empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos. El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto. En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.*

*3.- Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1 d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.”*

De otra parte, los apartados ocho y nueve de la Disposición Adicional decimoctava de la citada Ley Orgánica 3/2007 modifican los artículos 134 y 135 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, quedando redactados en los términos siguientes:

*Artículo 134: “A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26, apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.*

*La prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales.”*

Artículo 135: *“1.- La prestación económica por riesgo durante el embarazo concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, con las particularidades establecidas en los apartados siguientes.*

*2.- La prestación económica nacerá el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y finalizará el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.*

*3.- La prestación económica consistirá en subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales.*

*4.- La gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante el embarazo corresponderá a la Entidad Gestora o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.”*

De la regulación expuesta, se puede concluir que la misma tiene su causa en la normativa reguladora de las medidas de prevención de riesgos laborales en relación con la salud de la mujer embarazada o del feto, que impone a la empresa una serie de obligaciones tendentes a la salud de ambos, evitando que en la interrelación entre el trabajo y la situación de embarazo surjan una serie de riesgos que antes no existían. Tales obligaciones consisten en:

- a) La obligación derivada de la general impuesta por el artículo 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de evaluación de los riesgos laborales, en este caso, de los riesgos para el embarazo o parto recientes derivados de la exposición o sometimiento a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto.
- b) Adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones de o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada.
- c) Cuando esto no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado.



- d) En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente.
- e) Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1 d) del Estatuto de los Trabajadores.
- f) La prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales, consistente en subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente.

Finalmente, aunque la fecha a tener en cuenta respecto al inicio del cómputo del eventual periodo de prueba no sea, a nuestro entender, el objeto directo de la cuestión planteada en la consulta, en la medida en que a ello se refiere tangencialmente el escrito de solicitud de informe, debe tenerse también en cuenta lo dispuesto en el artículo 14.3 in fine del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en el sentido de que:

*Artículo 14.3: "... Transcurrido el periodo de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador en la empresa.*

*Las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, que afecten al trabajador durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes".*

En conclusión, la situación de riesgo durante el embarazo se trata de una situación configurada desde la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que se ha visto modificada por la Ley Orgánica 3/2007 en lo atinente a la naturaleza de la contingencia, que a partir de las modificaciones operadas por dicha ley orgánica en los artículos 134 y 135 de la Ley General de la Seguridad Social, se declara contingencia profesional, afectando directamente a la cuantía de la prestación, que se sitúa en el 100 por 100 de la base reguladora para tales contingencias.

Es una contingencia propia de la relación laboral y protegida por el Sistema de Seguridad Social, que da lugar a una prestación durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo derivada de la imposibilidad técnica o la inexigibilidad de traslado de puesto de trabajo de la trabajadora embarazada cuando el ocupado habitualmente presente un riesgo para su salud o la del feto.

#### IV. JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON ESTA MATERIA

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en aplicación de las Directivas 76/207/CEE y 2002/73/CE, ha declarado que la negativa a contratar a una mujer embarazada constituye una discriminación directa basada en el sexo (STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto 177/1988 Decker), incluso cuando el estado de gestación impida ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo (STJCE de 3 de febrero de 2000, asunto 207/1998, Mahlburg).

En este mismo sentido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo o en la maternidad, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón del sexo proscrita por el artículo 14 de la Constitución Española. Así, ha declarado, por todas en STC 182/2005, de 4 de julio, *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 el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón del sexo.*

Partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el artículo 14 CE, el TC ha estimado diversos recursos de amparo no solo con relación a decisiones causales como el despido, sino también respecto de otro tipo de decisiones empresariales, como la resolución de la relación laboral en periodo de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre y 166/1988, de 26 de septiembre, o la no renovación de un contrato temporal (STC 173/1994, de 7 de junio). En esta última sentencia el TC declaró que no puede sostenerse en modo alguno que sólo cuando esté en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza ya que de lo contrario *quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las*

*especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el artículo 14 CE no cabe dudar (artículo 10.2). Así sucedería con lo establecido en el Convenio num. 111 de la OIT, que prohíbe también las discriminaciones “en el empleo y la ocupación” (lo que obviamente incluye los momentos preliminares a la contratación). Y así sucedería con lo establecido en el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (ratificado el 16 de diciembre de 1983), cuyo artículo 11 extiende el compromiso de los Estados firmantes a establecer mecanismos adecuados de tutela contra la discriminación de la mujer en relación con el empleo y el ejercicio del “derecho al trabajo, como derecho inalienable de todo ser humano”*

El Tribunal Constitucional ha declarado que, a efectos de establecer la posible vulneración del derecho a la no discriminación de la mujer, resulta determinante analizar el motivo del perjuicio sufrido por la trabajadora y si el mismo está directa e íntimamente relacionado con el sexo. En la STC 246/2006, de 3 de julio de 2006 el TC consideró vulnerado el derecho a no ser discriminada de una trabajadora a la que el INEM suspendió la demanda de empleo por encontrarse en situación de maternidad. Expresamente manifestó que *resulta obligado concluir que parece indubitado que fue específicamente la maternidad de la trabajadora, un factor directa e íntimamente relacionado con el sexo, el determinante del tratamiento perjudicial sufrido, resultando irrelevante para analizar el carácter discriminatorio de esta situación cuál sea el tratamiento que el organismo público de colocación otorgue a los incapaces temporales en relación con la vigencia o suspensión de sus demandas de empleo.*

Esta doctrina del TC en relación con el derecho a la no discriminación de la mujer trabajadora ha sido aplicada por los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluido el del País Vasco. Este último, en Sentencia de 15 de diciembre de 2006, en resolución de un recurso de apelación, después de reproducir en parte la fundamentación jurídica de la citada STC 214/2006, declaró conforme a derecho la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Vitoria Gasteiz. Esta última sentencia había estimado la demanda presentada por una persona que, ocupando el primer puesto en la lista de contratación temporal para la cobertura de puestos vacantes y reservados, correspondientes a la categoría de psiquiatría, fue excluida por Osakidetza, al encontrarse en el periodo de descanso por

maternidad, lo que le impidió su nombramiento como interina para la sustitución del titular de un puesto de jefe de psiquiatría en el Hospital Santiago de Vitoria durante un periodo de seis meses.

Por otra parte, es de destacar, por la similitud con el supuesto objeto de este informe, la cuestión planteada en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en un caso en el que una mujer es preterida en la bolsa de trabajo debido a su situación de embarazo. La Sala de lo Social de dicho Tribunal, en Sentencia de 25 de marzo de 2013, en base a la jurisprudencia tanto comunitaria como constitucional, declaró que la situación de embarazo de la trabajadora no justifica que se le postergue en el acceso al trabajo al que tiene derecho por su posición en la bolsa de trabajo. Expresamente señaló lo siguiente: *Pues bien, toda la anterior doctrina declarada en las sentencias del TJCE de 3 de febrero de 2000, Caso Silke-Karin Mahlburg, de 8 de noviembre de 1990, Caso Dekker y la de 21 de julio de 1991, Caso Stoeckel, al expresarse en la primera de ellas que al ser el embarazo la causa de la no contratación se produce una discriminación directa por razón del sexo, y no se admita tal decisión, aunque se funde en razones objetivas y no razonables, son perfectamente aplicables al caso de autos a tenor de las circunstancias fácticas expresadas, pues la actora no fue contratada cuando debía serlo y fue preterida en la bolsa de trabajo, contratándose a otras trabajadoras a las que precedía en la bolsa trabajo, debido a su situación de embarazo, lo que supone un claro supuesto de discriminación por razón de sexo, pues como establece el artículo 8 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o maternidad.*

*La situación de embarazo de la actora y el no poder realizar su trabajo en el Servicio de la Unidad de Neonatos, a la que por su posición tenía derecho a ser contratada, no es causa que justifique su postergación en el acceso al trabajo de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del TJCE expresada, pudiendo la entidad demandada adoptar las medidas posibles para evitar los riesgos laborales de la situación de embarazo, como el relevarle de la turnicidad, evitando su trabajo nocturno, o bien mediante el traslado a otra unidad u otras medidas que evitaran jornadas o servicios no adecuados o aconsejables a una trabajadora embarazada, como estaría obligada a adoptarlas con una trabajadora fija, incluso a darle de baja médica por riesgo en situación de embarazo, pero en ningún caso, impedirle el acceso al trabajo.*

## V. APLICACIÓN AL CASO

Aun teniendo en cuenta todas estas circunstancias especiales referidas en el apartado II de este informe, lo cierto es que, a la vista de la legislación y jurisprudencia arriba referidas, las educadoras del Centro Ibaiondo tienen reconocida la circunstancia de riesgo durante el embarazo, por lo que inevitablemente les resulta de aplicación lo establecido al efecto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

De otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia tanto comunitaria como constitucional, se considera una discriminación directa por razón del sexo el impedir el acceso al trabajo a una mujer por motivo de su situación de embarazo, sin que se pueda justificar esta discriminación en el hecho de que la relación laboral no se haya iniciado, ni en el carácter temporal de la misma. Y ello, a pesar de que la consecuencia de todo lo anterior sea que la suspensión de contrato se salde sin incorporación efectiva.

Por su parte, a la vista de lo dispuesto por el artículo 14.3 del Estatuto de los trabajadores, parece correcta la remisión de la cuestión relativa al periodo de prueba a lo que puedan acordar las partes, mediante la incorporación de cláusulas específicas en el contrato de trabajo.

Cuestión diferente, quizá, podría ser la de cuál deba ser la naturaleza o contenido de las certificaciones que corresponda emitir a la administración en su calidad de empleadora, incluida la certificación de servicios previos, especialmente en relación con la experiencia relativa a los contratos de trabajo que, con o sin periodo de prueba, hayan sido objeto de suspensión. O, correlativamente, la que podría referirse a cuál deba ser la valoración que la experiencia acreditada mediante esos certificados deba merecer, especialmente en aquellos casos en los no se haya producido una incorporación efectiva al puesto de trabajo, ni consiguientemente el desempeño real de función alguna en dicho puesto, en comparación con otras personas que las hubieran desempeñado efectivamente, desde la óptica del principio de mérito y capacidad en los procesos de contratación seguidos en la administración.

Estas, no obstante, son cuestiones que (aunque pueden ser advertidas como subyacentes a las planteadas en el escrito de solicitud) no son propiamente objeto de la consulta y que, por tanto, quedan consecuentemente fuera del núcleo de la cuestión objeto de análisis de este informe.

## VI. CONCLUSION

Estimamos correcta, en los términos expresados, la postura adoptada hasta este momento por el departamento, debiendo contestarse afirmativamente a la pregunta sobre si se debe seguir llamando y contratando a las trabajadoras incluidas en las listas de Educadoras para el Centro Educativo Ibaiondo, aun cuando se encuentren embarazadas en el momento del llamamiento.