



Roj: **STSJ PV 3997/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:3997**

Id Cendoj: **48020330032016100565**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **3**

Fecha: **01/12/2016**

Nº de Recurso: **648/2015**

Nº de Resolución: **593/2016**

Procedimiento: **Recurso apelación Ley 98**

Ponente: **LUIS ANGEL GARRIDO BENGOCHEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 3997/2016,**  
**ATS 4765/2017,**  
**STS 803/2018**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 648/2015**

**SENTENCIA NUMERO 593/16**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D.LUIS ANGEL GARRIDO BENGOCHEA

MAGISTRADOS:

D.JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ

DÑA.MARIA DEL MAR DIAZ PEREZ

En la Villa de Bilbao, a uno de diciembre de dos mil dieciséis.

La Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 06.05.15 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de VITORIA - GASTEIZ en el recurso contencioso- administrativo número 190/2014 .

Son parte:

- **APELANTE** : TESORERERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DIRECCION PROVINCIAL DE ALAVA, representado y dirigido por el LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

- **APELADO** :

-OSAKIDETZA, representado por el Procurador D. GERMAN ORS SIMON y dirigido por el letrado D.ARTURO JAVIER PINEDO ROA.

- Bibiana , representado por la Procuradora DÑA.MARTA EZCURRA FONTAN y dirigido por la Letrada DÑA.CRISTINA ORTIZ DE GUINEA PEREDA.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOCHEA.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por TESORERERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DIRECCION PROVINCIAL DE ALAVA recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia .

**SEGUNDO.-** El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación .

**TERCERO.-** Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 2/11/2016, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

**CUARTO.-** Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Que por la Tesorería General de la Seguridad Social se recurre en apelación la sentencia de 6 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Vitoria-Gasteiz , sobre anulación de alta.

La apelación se basa en alegar que para que exista alta en el sistema de Seguridad Social es necesario que exista prestación de servicios y, en este caso, la prestación no se producía al carecer la apelada de capacidad funcional para llevar a cabo su trabajo.

**SEGUNDO.-** Que la sentencia apelada procedió a estimar el recurso interpuesto por la interesada al considerar, en su fundamento de derecho 4º, que **"CUARTO.-** Pues bien, a la vista del contenido del anterior informe de la Dirección del Personal del HUA parcialmente transcrito, ha de concluirse que es de aplicación al presente supuesto la doctrina expuesta en la *sentencia nº 740/2006 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco, de fecha 15 de diciembre de 2006, en recurso de apelación 184/2004 , mencionada por la recurrente en su escrito de demanda con evidente acierto, en la que se señala en su Fundamento de Derecho Tercero:*

*"No es objeto de controversia que D<sup>a</sup> Magdalena , parte apelada en el presente recurso, con fecha 30 de octubre de 2002 era la primera persona disponible de la Lista de contratación temporal para la cobertura de puestos vacantes y reservados, correspondientes a la categoría de Psiquiatría.*

*De ahí que los Servicios Centrales de Osakidetza/Servicio Vasco de Salud le ofertasen en esa fecha un contrato de trabajo de seis meses de duración en el Hospital de Santiago de Vitoria- Gasteiz, para la sustitución del titular de un puesto de Jefe de Servicios de Psiquiatría. La Sra. Magdalena expresó su deseo de ser contratada, y comunicó además que había dado a luz quince días antes.*

*Posteriormente, el Servicio de Contratación le informó que en consonancia con lo dispuesto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores , no podía ser contratada dado que se encontraba en el periodo obligatorio de descanso de seis semanas posteriores al parto. Por escrito de alegaciones de 18 de noviembre de 2002, la Sra. Magdalena mantuvo su deseo de ser contratada e interesó el reconocimiento de su derecho a ostentar el contrato ofertado el 30 de octubre de 2002 con preferencia a la persona finalmente nombrada, y el abono de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Por nuevo escrito de fecha 13 de diciembre de 2002, manifestó su interés en ser activada en la Lista de contratación temporal de la categoría de Psiquiatra, una vez transcurridas seis semanas después del parto y en esa misma fecha comunica y justifica documentalmente el día en que dio a luz, cumplimentado el requerimiento efectuado por la Administración.*

*En el recurso contencioso-administrativo seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Vitoria-Gasteiz, D<sup>a</sup> Magdalena ejercitó pretensión anulatoria frente a la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de alzada formulado contra el nombramiento de estatutario interino en el puesto referido del Hospital de Santiago; interesando como situación jurídica individualizada el reconocimiento del derecho al abono de indemnización por los daños y perjuicios que le había ocasionado la pérdida de salarios dejados de percibir, además de la consideración del tiempo trabajado perdido a efectos de antigüedad en las Listas.*

*La Juzgadora estima la demanda, aplicando a sensu contrario diversa jurisprudencia en materia laboral, que le conduce a declarar que la actora, al objeto de evitar discriminación indirecta, debía haber sido contratada por Osakidetza al corresponderle por el lugar que ocupaba en la Lista de contratación temporal el contrato que le fue ofertado, y en cumplimiento de la obligación de Osakidetza y de cualquier empresario de proteger a la mujer trabajadora, respetar cuando menos el periodo de seis semanas posteriores al parto, derecho irrenunciable para*



la mujer trabajadora, y continuar prestando servicios en el resto del periodo de licencia por maternidad, al haber sido su deseo el ser contratada o comenzar a trabajar.

En sede de apelación, al igual que hizo en instancia, el Letrado del Servicio Vasco de Salud/Osakidetza, justifica la decisión administrativa enjuiciada con la invocación del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, que prevé, para el supuesto de parto, la suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo durante dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas, disponiendo, en lo que aquí interesa, que el periodo de suspensión se distribuirá, a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto.

Sobre la base del carácter irrenunciable de ese periodo de descanso de seis semanas posteriores al parto, se construye toda la argumentación del Servicio apelante, pues de ahí deriva la imposibilidad de incorporación al trabajo de la mujer durante ese periodo, la aplicación del artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y la incapacidad funcional de la recurrente para el desempeño de las tareas del puesto ofertado, cuyo nombramiento vulneraría de ese modo la Ley 30/99.

Tal planteamiento exige precisar, en primer lugar, que, tal y como se apunta por el Letrado apelante, la Juzgadora reconoce el carácter irrenunciable para la mujer trabajadora del derecho al descanso por maternidad durante las seis semanas posteriores al parto; precisamente la conclusión a la que llega, anteriormente expuesta, es perfectamente respetuosa con el contenido del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores.

Y en segundo lugar, la interpretación que postula de ese precepto viene amparada de modo pleno por el Tribunal Constitucional, en la reciente sentencia STC 214/2006, de fecha 3 de julio de 2006, donde se analiza un caso en el que se aplica de manera analógica el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores a un supuesto de suspensión de la demanda de empleo por el INEM a una trabajadora durante el periodo de descanso obligatorio por maternidad, otorgando el amparo solicitado por la recurrente al entender vulnerado con esa actuación de los Servicios de Empleo el derecho a no ser discriminada por su condición de mujer ( artículo 14 C.E. ), con fundamentos que devienen de aplicación al presente caso, en tanto que en el enjuiciado en la meritada sentencia, al igual que aquí ocurre, la Administración postula una aplicación del artículo 48.4 E.T. que ignora el deber que le compete de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sea real y efectiva, y que le obliga a eliminar los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de tales derechos ( artículo 9.2 C.E. ); olvida, en concreto, el deber de garantizar el derecho de acceso al empleo de las mujeres en baja maternal.

No puede por menos esta Sala que extraer de la fundamentación jurídica de esa sentencia los siguientes párrafos, que insistimos, avala en integridad el pronunciamiento de instancia:

"(...)Por lo que se refiere específicamente a la prohibición de discriminación por razón de sexo, que tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3), hemos dicho que la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano ( art. 10.1 CE ). En consecuencia, 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.

Tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres ( SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; o 17/2003, de 30 de enero, FJ 3). En este sentido, hemos afirmado también 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" ( STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4).

Por ello, partiendo 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 de sexo proscrita por el art. 14 CE, hemos estimado diversos recursos de amparo relacionados con la materia aquí enjuiciada (...) E igualmente hemos apreciado la vulneración del derecho a la no discriminación en relación con decisiones empresariales en materia de contratación, aun sin encontrarse vigente una relación laboral. Como mantuvimos en la STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 3, "no puede sostenerse en modo alguno que sólo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza, y mucho menos cuando esa relación laboral podría haber



continuado normalmente, a través de la oportuna prórroga o nueva contratación sucesiva, y ello no se produce a consecuencia del hecho del embarazo sobrevenido de la mujer.

De sostenerse la postura anterior, quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el art. 14 CE no cabe dudar ( art. 10.2 CE )" (en el mismo sentido STC 175/2005, de 4 de julio , FJ 3).

En efecto, el examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE , sirve de fuente interpretativa del art. 14 CE corrobora la amplitud de esa protección. De ello son prueba destacada tanto los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo núm. 103, sobre la protección de la maternidad, núm. 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y núm. 156, trabajadores con responsabilidades familiares, como la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979.

Asimismo, en el ámbito del Derecho comunitario, hemos de referirnos a la Directiva 2002/73 /CE, que ha modificado recientemente la anterior 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. En su aplicación, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 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, Dekker), incluso también 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) (...)

6. Como este Tribunal ha señalado en diversas ocasiones, no pueden, desde luego, reputarse contrarias a la Constitución aquellas disposiciones que tienden a la tutela de la mujer trabajadora en relación con el embarazo o la maternidad, que son los factores que principalmente permiten introducir distinciones de trato para la protección de la mujer. En esta línea ha insistido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ( SSTJCE de 12 de julio de 1984 -Hofmann - y 15 de mayo de 1986 -Johnston), que ha justificado medidas favorables a la mujer en estos casos para asegurar, de un lado, la protección de su condición biológica en el curso de su embarazo y puerperio, y de otro, las relaciones particulares entre la mujer y el recién nacido.

Sin embargo, hemos advertido también que la protección de la mujer y de su salud en función de su sexo debe examinarse con suma cautela e incluso con desconfianza, por las repercusiones negativas que directa o indirectamente puede tener en la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres ( STC 229/1992, de 14 de diciembre , FJ 3). Así, en relación con las situaciones derivadas del embarazo o la maternidad, hemos mantenido que el art. 14 CE prohíbe que esas circunstancias, que por obvias razones biológicas afectan sólo a las mujeres, puedan ser utilizadas para introducir obstáculos al acceso o permanencia de la mujer en el mercado de trabajo, perpetuando la grave discriminación que históricamente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral ( SSTC 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2 ; y 240/1999, de 20 de diciembre , FJ 7). Por el contrario, para la determinación del alcance de las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo, hemos recordado que resulta preciso atender a circunstancias tales como "la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas 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)" ( STC 109/1993, de 25 de marzo , FJ 6); y que "existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él" ( STC 128/1987, de 16 de julio , FJ 10).

No cabe duda de que la institución contemplada en el art. 48.4 LET referida a la suspensión del contrato de trabajo en caso de maternidad de la mujer trabajadora responde a esta finalidad. Sin perjuicio de que en el marco de su regulación pueda percibirse una mayor vinculación de una parte de la baja maternal a objetivos relacionados con la protección de la salud de la mujer trabajadora - en particular, el eventual período de descanso anterior al parto y el de las seis semanas posteriores al mismo-, mientras que el resto de su duración estaría más bien orientada, de manera prioritaria, a objetivos relacionados con la atención del recién nacido, es lo cierto que la institución en su conjunto constituye un instrumento de tutela de la mujer trabajadora, dirigido a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar y, en consecuencia, a promover la inserción de la mujer en el mercado de trabajo y a favorecer la conservación del empleo. La evolución experimentada a lo largo del tiempo por la institución a través de sucesivas reformas legales, bien incrementando la duración del descanso en determinados casos específicos, bien extendiendo su aplicación a supuestos como la adopción o el acogimiento de menores, bien, en particular, ampliando las posibilidades de un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares entre los dos



*miembros de la pareja, cuando ambos sean trabajadores, hasta el límite de las seis semanas posteriores al parto de descanso obligatorio para la trabajadora, no han hecho sino reforzar esta configuración de la suspensión del contrato de trabajo en casos de maternidad como una medida dirigida a favorecer el acceso y permanencia de la mujer en el mercado de trabajo.*

*7. Configurada así la institución jurídica que se analiza, salta inmediatamente a la vista como primera consideración a realizar sobre el asunto analizado que la aplicación que de la misma ha efectuado el Inem, extendiendo esta causa de suspensión de las relaciones laborales a la relación existente entre la desempleada que demanda un empleo y el organismo de colocación, ha producido como resultado el efecto exactamente contrario al perseguido por la institución aplicada. En efecto, si la suspensión de la relación laboral por maternidad persigue favorecer la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y evitar la pérdida del empleo en casos de maternidad, la suspensión de la demanda de empleo de las trabajadoras desempleadas entorpece o dificulta el acceso al mercado de trabajo de la mujer a la que se aplica, en la medida en que le impide ser tomada en consideración para la cobertura de las ofertas de empleo gestionadas por el organismo.*

*Es cierto que, aparentemente, se aplica en ambos casos una técnica idéntica, dirigida formalmente a proteger el estatuto jurídico previo de la trabajadora evitando que pueda verse afectado por el hecho de la maternidad. Así, la suspensión del contrato de trabajo persigue la conservación del empleo, impidiendo que las eventuales dificultades derivadas del hecho de la maternidad para el cumplimiento de las obligaciones laborales puedan determinar la pérdida del mismo. Y, del mismo modo, puede pensarse que la suspensión de la demanda de empleo persigue la protección de la condición de demandante de la trabajadora afectada, impidiendo que sus eventuales dificultades para atender a los requerimientos propios de dicha condición (aceptación de ofertas de empleo adecuadas, participación en cursos de formación o en programas de empleo, etc.) puedan ocasionar no ya sólo la pérdida de la condición de demandante de empleo sino, incluso, la de las prestaciones a ella asociadas. Sin embargo, esta equiparación entre ambas soluciones es meramente formal y no se extiende, como ya se ha señalado, al terreno de sus efectos, en particular en relación con aquéllos que constituyen precisamente el objeto último de la medida. La trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad conserva íntegramente sus derechos laborales, pudiéndose reincorporar a su puesto de trabajo una vez finalizada la suspensión sin que ésta le haya ocasionado perjuicio alguno. Por el contrario, cuando se suspende la demanda de empleo de una desempleada se perjudican de manera definitiva e irreversible los objetivos perseguidos por la demandante al formular su demanda, impidiéndosele el acceso a las ofertas de empleo adecuadas que puedan recibirse en el indicado período.*

*Es exactamente ésta la situación que se ha producido en el asunto sometido a nuestra consideración, en el que la decisión de tener por suspendida la demanda de empleo de la trabajadora ha supuesto para la misma la imposibilidad de concurrir al proceso selectivo establecido para una oferta de empleo cuyos requerimientos formativos y profesionales satisfacía, ocasionándole así la pérdida definitiva e irreversible de una oportunidad de empleo. Y este efecto peyorativo es ajeno por completo a la medida de suspensión del contrato de trabajo prevista en el art. 48.4 LET, que persigue precisamente evitar todo perjuicio en la relación laboral derivado del hecho de la maternidad. Vemos, en consecuencia, cómo la aplicación al ámbito de la relación existente entre el Inem y los demandantes de empleo de una medida de suspensión prevista en la Ley para su aplicación al ámbito de las relaciones laborales, operada mediante una interpretación formalmente neutra de la norma, ha producido, sin embargo, un efecto peyorativo en la mujer demandante de empleo, contrario al perseguido por la institución de cuya aplicación se trata.*

*8. Resta por analizar, como anteriormente se apuntó, si dicho efecto peyorativo puede aparecer justificado, de manera objetiva y razonable, por la concurrencia de algún óbice de naturaleza jurídica o fáctica que impidiera a la demandante de empleo concurrir al proceso selectivo. Pues bien, la respuesta ha de ser negativa. En efecto, tanto si se considera que el descanso durante el período de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto reviste carácter obligatorio para ambas partes de la relación laboral, como si se estima que, en todo caso, debe entenderse como voluntario para la trabajadora, cuestión que, como hemos señalado, no nos corresponde analizar aquí, por ser de estricta legalidad, es lo cierto que ello no constituye un obstáculo que hubiera impedido la contratación de la trabajadora en el marco de la oferta de empleo analizada.*

*Al margen del dato puramente fáctico de que los contratos de trabajo se firmaron sólo dos días antes de la fecha en que finalizaba el citado período de seis semanas, de lo que cabría deducir que, de haber estado realmente interesada la ofertante en la contratación de la trabajadora, no habría quizás encontrado excesivos inconvenientes en retrasar mínimamente su incorporación, es lo cierto que, en todo caso y con carácter general, la situación de baja por maternidad de la trabajadora no puede en modo alguno constituir un obstáculo para su contratación, por el mismo motivo que no lo constituye para el mantenimiento de la relación laboral ya establecida, siendo precisamente ésa la finalidad a la que sirve la medida de suspensión del contrato prevista en el art. 48.4 LET. En consecuencia, como señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, sería en el caso de*



que no se hubiera excluido a la demandante de la lista de candidatos y que hubiera resultado efectivamente seleccionada para la cobertura de uno de los puestos de trabajo ofertados, cuando, en beneficio de la trabajadora, habría de haberse suspendido la relación laboral, hasta la finalización del descanso correspondiente (...)"

En el caso aquí analizado, es obvio que también la aplicación del artículo 48.4 E.T acabó perjudicando a la actora, en tanto que la privó de un nombramiento que le correspondía por razón de la posición que ocupaba en la Lista de contratación temporal, produciendo del mismo modo el efecto contrario al pretendido por la norma.

En todo caso, desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, y en concreto, en atención al Acuerdo de 23 de julio de 1998 del Consejo de Administración del ente público Osakidetza/Servicio Vasco de Salud, sobre regulación del sistema de listas para la contratación temporal del personal en el ámbito del ente público, la postura de la Administración demandada tampoco es aceptable, en la medida en que entraña vulneración clara del derecho que el artículo 3.2 .n otorga a las integrantes de esas Listas de renunciar al puesto ofertado " cuando la trabajadora se encuentre en las diez semanas anteriores al parto, o dentro de las dieciséis semanas posteriores al mismo, que para los partos múltiples será dentro de las diecinueve semanas. En los casos de adopción se aplicará el mismo tratamiento y se aceptará como causa justificada de renuncia".

Esto es, el apartado 2 del artículo 3 de ese Acuerdo, tras disponer el carácter irrenunciable de los puestos ofertados pertenecientes al área o áreas solicitadas, salvo causas debidamente justificadas, y que la renuncia al puesto ofertado conllevará la exclusión automática de la Lista, prevé que "No obstante, podrá ser admitida dicha renuncia cuando se produzcan algunas de las siguientes circunstancias," y entre ellas, la ya apuntada, de indudable relevancia en este pleito, en la medida en que confiere a la madre que se halle dentro del periodo de descanso obligatorio posparto la posibilidad de renunciar al puesto que se le oferte, renuncia que podrá ser admitida por la Organización encargada de su gestión.

Esta renuncia no se configura en el Acuerdo como un derecho/deber de los incluidos en la Lista, sino como facultad otorgada a los mismos -ni siquiera existe una obligación de la Administración de admitir la renuncia-, dándose la circunstancia de que en este caso el Servicio demandado, apartándose de su propios criterios de aplicación al sistema de Listas, y desconociendo el derecho de una de sus integrantes, obliga a la actora a renunciar a un oferta en razón de su reciente maternidad, cuando ella ya había expresado su voluntad de aceptar el nombramiento.

Por tanto, el mentado Acuerdo de 23 de julio de 1998, lejos de amparar la decisión administrativa sometida a enjuiciamiento, redundando en su disconformidad a derecho, acertadamente declarada en la sentencia de instancia.

A lo que no son óbice las previsiones de la Ley 30/99 que cita el Letrado apelante, por cuanto, ni el hecho de que la mujer se encuentre en situación de descanso por maternidad es equiparable al supuesto de falta de capacidad funcional para el desempeño de las tareas propias del puesto, ni por otro lado, esa regulación excluye el llamamiento de un sustituto durante el periodo de descanso obligatorio de la mujer con mejor derecho a ocupar el puesto ofertado, de la misma manera que ese llamamiento habría de realizarse en el caso de incapacidad temporal sobrevenida de quien ha sido designado para la cobertura de un puesto de modo interino, que no puede verse privado de su derecho a la reincorporación, una vez finalizado el periodo de baja, de estar vigente su nombramiento.

Se sigue de lo expuesto, la íntegra desestimación del presente recurso, con confirmación de la sentencia apelada, cuyo pronunciamiento se adecua no sólo a la doctrina constitucional expresada, sino a la propia regulación establecida al efecto por el ente público mediante el Acuerdo de 23 de julio de 1998."

En definitiva, y por todo lo expuesto procede la estimación del recurso interpuesto pro D<sup>a</sup> Bibiana al considerar contraria a Derecho la anulación del alta efectuada por la TGSS."

**TERCERO:** Que, en la apelación, la Tesorería General de la Seguridad Social, aduce que para estar de alta en el sistema de la Seguridad Social, es necesario que exista prestación de servicios y, en este caso, la prestación no se producía al carecer la apelada de capacidad funcional para llevar a cabo un trabajo ya que, en agosto de 2013, había estado en situación de riesgo durante el embarazo.

Sobre este tema no cabe sino hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 214/2006, de 3 de julio .

No puede por menos esta Sala que extraer de la fundamentación jurídica de esa sentencia los siguientes párrafos, que insistimos, avala en integridad el pronunciamiento de instancia:

"(¿)Por lo que se refiere específicamente a la prohibición de discriminación por razón de sexo, que tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero , FJ 3), hemos dicho que la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas

expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano ( art. 10.1 CE ). En consecuencia, 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.

Tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres ( SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2 ; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5 ; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4 ; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3 ; o 17/2003, de 30 de enero , FJ 3). En este sentido, hemos afirmado también 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" ( STC 182/2005, de 4 de julio , FJ 4).

Por ello, partiendo 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 de sexo proscrita por el art. 14 CE , hemos estimado diversos recursos de amparo relacionados con la materia aquí enjuiciada (¿) **E igualmente hemos apreciado la vulneración del derecho a la no discriminación en relación con decisiones empresariales en materia de contratación, aun sin encontrarse vigente una relación laboral. Como mantuvimos en la STC 173/1994, de 7 de junio , FJ 3, "no puede sostenerse en modo alguno que sólo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza, y mucho menos cuando esa relación laboral podría haber continuado normalmente, a través de la oportuna prórroga o nueva contratación sucesiva, y ello no se produce a consecuencia del hecho del embarazo sobrevenido de la mujer. De sostenerse la postura anterior, quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el art. 14 CE no cabe dudar ( art. 10.2 CE )" (en el mismo sentido STC 175/2005, de 4 de julio , FJ 3).**

En efecto, el examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE , sirve de fuente interpretativa del art. 14 CE corrobora la amplitud de esa protección. De ello son prueba destacada tanto los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo núm. 103, sobre la protección de la maternidad, núm. 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y núm. 156, trabajadores con responsabilidades familiares, como la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979.

Asimismo, en el ámbito del Derecho comunitario, hemos de referirnos a la Directiva 2002/73/CE, que ha modificado recientemente la anterior 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. En su aplicación, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 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, Dekker), incluso también 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) (¿)

6. Como este Tribunal ha señalado en diversas ocasiones, no pueden, desde luego, reputarse contrarias a la Constitución aquellas disposiciones que tienden a la tutela de la mujer trabajadora en relación con el embarazo o la maternidad, que son los factores que principalmente permiten introducir distinciones de trato para la protección de la mujer. En esta línea ha insistido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (SSTJCE de 12 de julio de 1984 ¿Hofmann¿ y 15 de mayo de 1986 ¿Johnston), que ha justificado medidas favorables a la mujer en estos casos para asegurar, de un lado, la protección de su condición biológica en el curso de su embarazo y puerperio, y de otro, las relaciones particulares entre la mujer y el recién nacido.

**CUARTO.-** Que, sentado lo anterior, hemos de señalar que el análisis del supuesto de autos que efectúa la sentencia apelada es correcto y plenamente compartido por la Sala.

En realidad, lo que ha ocurrido es que la apelada era la primera de lista correspondiente a la contestación temporal, lo que conllevaba que debiera ser nombrada en función de los mecanismos que regulan tales contrataciones. Ha de señalarse que, como antes se ha expuesto, la situación de baja por maternidad de la



trabajadora no ha de constituir un obstáculo para su contratación. De no haberse producido se habría quemado una disminución en la apelada por el hecho de ser mujer gestante.

Cuanto se ha expuesto habrá de llevar a la desestimación de la presente apelación.

**QUINTO.-** Que, al desestimarse la apelación, las costas de esta instancia habrán de ser impuestas a la parte apelante ( art. 139 Ley 29/98 ).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de 6 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Vitoria-Gasteiz , debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada; haciendo expresa imposición a la parte apelante de las costas de esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** ( artículo 89.1 LJCA ), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 0164815, un **depósito de 50 euros** , debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito ( DA 15ª LOPJ ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.