



Roj: **STS 803/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:803**

Id Cendoj: **28079130042018100078**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **26/02/2018**

Nº de Recurso: **1306/2017**

Nº de Resolución: **292/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 292/2018**

Fecha de sentencia: 26/02/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1306/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/02/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria del Pilar Teso Gamella

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 1306/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria del Pilar Teso Gamella

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 292/2018**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez, presidente

D. Segundo Menendez Perez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D.<sup>a</sup>. Maria del Pilar Teso Gamella



D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

D. Jose Luis Requero Ibañez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 26 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1306/2017, interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la Sentencia de fecha 1 de diciembre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de apelación nº 648/2015, sobre alta laboral.

Se han personado como partes recurridas, la Procuradora de los Tribunales Dña. Esperanza Azpeitia Calvín, en nombre y representación de Dña. Enriqueta y el Procurador de los Tribunales D. Jose Luis Martín Jaureguibeitia, en nombre y representación de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Maria del Pilar Teso Gamella.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior del País Vasco, se ha seguido el recurso de apelación nº 648/2015, contra la Sentencia dictada el 6 de mayo de 2015, por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Vitoria-Gasteiz en el recurso contencioso administrativo número 190/2014, sobre anulación de alta.

**SEGUNDO** .- Con fecha 6 de mayo de 2015, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vitoria-Gasteiz se dicta sentencia en la se acuerda:

*<<Que estimando el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la Letrada Dª Cristina Ortiz de Guinea Pereda, en nombre y representación de Dª Enriqueta, contra la Resolución de 1 de abril de 2014 dictada por la Jefa de la Unidad de Impugnaciones de la Dirección Provincial de Álava de la TGSS, por la que se desestima el recurso de alzada deducido por la recurrente contra la Resolución de 13 de enero de 2014, de la citada Dirección, por la que se acuerda anular el alta de Dª Enriqueta de fecha 6 de septiembre de 2013 en la empresa Ente público Osakidetza.SVS (Hospital Universitario Araba, Sede Santiago, debo declarar dicha resolución no conforme a derecho, anulándola. (...) Todo ello con expresa imposición de las costas causadas en el presente procedimiento a la Dirección Provincial de Álava de la Tesorería General de la Seguridad Social>>.*

**TERCERO** .- Por la representación de la Tesorería General de la Seguridad, se interpone recurso de apelación, y con fecha 1 de diciembre de 2016, se dicta sentencia en el citado recurso de apelación, cuyo fallo es el siguiente:

*<<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>> .*

**CUARTO.**- Contra la mentada sentencia se preparó recurso de casación, ante la Sala de instancia, que ésta tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos, y el expediente administrativo, a este Tribunal, y con fecha 22 de mayo de 2017, por la Sección Primera de esta Sala se dicta Auto en el que se acuerda lo siguiente:

*<<Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social contra la sentencia de 1 de diciembre de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección Tercera) dictada en el recurso de apelación núm. 648/2015. (...) Segundo. Precisar que las cuestiones en las que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes: (...) 1. Si resulta incompatible con el artículo 7 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, el alta de una mujer embarazada en situación de riesgo que, únicamente por esa circunstancia, se ve impedida de iniciar de forma efectiva una actividad, pese a haber generado el derecho a ser contratada. (...) 2. Si el artículo 134 del LGSS en su versión vigente en el momento en que ocurrieron los hechos (idéntico en todos sus extremos al actual artículo 186 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social) sólo protege a la trabajadora que se encuentra ya ocupando un puesto de trabajo o, por el contrario, protege también a la mujer que ha generado un derecho a ser contratada, pero no puede realizar la actividad objeto del contrato precisamente por su condición de embarazada en situación de riesgo>>.*



**QUINTO** .- En el escrito de interposición del recurso, de 26 de junio de 2017, el Letrado de la Tesorería General de la Seguridad Social, solicita se dicte sentencia por la que, se case y anule la sentencia recurrida y se estime el recurso de casación en los términos interesados.

**SEXTO** .- Mediante providencia de 29 de junio de 2017, se da traslado del escrito de interposición a las partes recurridas. Por el Servicio Vasco de Salud (Osakidetza), en su escrito presentado el 19 de julio de 2017, y por la representación procesal de Dña. Enriqueta , en su escrito de 25 de septiembre de 2017, solicitan se dicte sentencia por la que se desestime el recurso de casación en su integridad y se confirme la sentencia recurrida.

**SÉPTIMO** .- Con fecha 25 de octubre de 2017, la representación procesal del Servicio Vasco de Salud (Osakidetza) presenta escrito haciendo decaer el interés en el presente recurso de casación por falta de legitimación. Y por diligencia de ordenación de 30 de octubre de 2017, se le tiene por apartado del presente recurso de casación.

**OCTAVO** .- Por providencia de 15 de diciembre de 2017, se acuerda de conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción , que ha lugar a la celebración de vista pública y se señala para el día 20 de febrero de 2018, fecha en que tuvo lugar dicho acto. Entregada la sentencia por la magistrada ponente el 22 de febrero de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *La sentencia recurrida*

El presente recurso de casación se interpone contra la sentencia de la Sala de nuestro orden jurisdiccional, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 6 de mayo de 2015, del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 2 de Vitoria Gasteiz, que, a su vez, había estimado el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución, de 13 de enero de 2014, de la Dirección Provincial de Álava de la Tesorería General de la Seguridad Social que anuló el alta de Dña. Enriqueta , de fecha 6 de septiembre de 2013, en el Ente público Osakidetza-SVS (Hospital Universitaria Araba, sede Santiago).

El Juzgado de lo Contencioso administrativo estima el recurso contencioso administrativo, al concluir que << si hubiera perdido el puesto de trabajo que se le ofertó el día 6 de septiembre de 2013 como consecuencia de la situación de riesgo por maternidad que sin duda se le iba a conceder, se habría producido una situación de discriminación que está proscrita por la Constitución, las leyes y específicamente por el Tribunal constitucional y doctrina del TSJ del País Vasco, declarada en sentencia núm. 740/2006, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 15 de diciembre de 2006 en recurso de apelación 184/2004 >>. La Sala, en la sentencia ahora impugnada, desestima la apelación, declarando que << 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 >>. Y añade que << 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, 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 >>.

### SEGUNDO .- *La identificación del interés casacional*

Mediante Auto de 22 de mayo de 2017, de la Sección Primera de esta Sala Tercera , se determina el interés casacional del recurso de casación, que se concreta en las siguientes cuestiones.

<<1. Si resulta incompatible con el artículo 7.1 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero , por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, el alta de una mujer embarazada en situación de riesgo que, únicamente por



esa circunstancia, se ve impedida de iniciar de forma efectiva una actividad, pese a haber generado el derecho a ser contratada.

2. Si el artículo 134 del LGSS en su versión vigente en el momento en que ocurrieron los hechos (idéntico en todos sus extremos al actual artículo 186 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social) sólo protege a la trabajadora que se encuentra ya ocupando un puesto de trabajo o, por el contrario, protege también a la mujer que ha generado un derecho a ser contratada, pero no puede realizar la actividad objeto del contrato precisamente por su condición de embarazada en situación de riesgo>>.

### **TERCERO** .- Las alegaciones de las partes sobre el interés casacional

La Tesorería recurrente sostiene que la trabajadora, en situación de riesgo por embarazo, carecía de aptitud para ser contratada el día 6 de septiembre de 2013, que tal circunstancia era conocida por el empleador, y que, por tanto, no debió ser contratada. Sin que ello suponga discriminación alguna, pues mantendría su puesto en la lista de la bolsa de trabajo, para que al recuperar la aptitud, pudiera incorporarse a una vacante. Teniendo en cuenta que el artículo 7 del Reglamento General sobre inscripción de empresas, alta y bajas y variación de trabajadores, vincula el acto del alta en la Seguridad social, " al inicio de la actividad ", pues en este nivel contributivo es necesario el inicio y realización de actividad profesional. Por ello el artículo 134 del TR de la Ley General de Seguridad Social de 1994, liga la prestación económica a la " mujer trabajadora ", es decir, a quien ha iniciado ya una relación laboral. Además, la normativa de riesgo durante el embarazo está concebida como un vehículo de protección de la mujer embarazada en su puesto de trabajo, pero no para generar automáticamente una prestación económica sin que exista inicio de actividad.

Aduce la Tesorería, en fin, que la sentencia se funda únicamente en el principio de no discriminación, sin haber tomado en consideración, ni interpretado, la normativa invocada en materia laboral y de prevención de riesgos.

Por su parte, la recurrida considera, en su escrito de oposición al recurso de casación, que la sentencia no ha vulnerado las normas que cita la parte recurrente, porque el artículo 7 del Reglamento General sobre inscripción de empresa, alta y bajas y variación de trabajadores, no prohíbe dar de alta a una trabajadora, que aunque no ha prestado servicios como enfermera, sí ha iniciado la actividad al haber sido nombrada para ese puesto de trabajo y haber sido aceptado el nombramiento. Y en todo caso, se encuentra en una situación conexas al inicio de la actividad. Tampoco, se añade, ha sido infringido el artículo 134 del TR de la Ley General de Seguridad Social, pues ella, la recurrida, fue efectivamente contratada, y porque la norma protege también a la mujer que ha sido contratada y no ha prestado servicios.

### **CUARTO** .- La referencia a los hechos

Antes de examinar las cuestiones relativas al interés casacional, resulta obligado, en este caso, hacer un breve relato fáctico de los antecedentes que dieron lugar al acto administrativo impugnado en el recurso contencioso administrativo.

La recurrente ante el juzgado de nuestro orden jurisdiccional, y ahora recurrida, Dña. Enriqueta, figuró de alta, como enfermera en el Hospital Universitario de Álava, en el centro de Santiago, desde el día 2 de julio hasta el día 1 de septiembre de 2013. El día 2 de agosto de 2013 se le reconoció por parte de la Mutua en situación de riesgo durante el embarazo. Posteriormente, el día 6 de septiembre de 2013 " fue de nuevo contratada, esta vez mediante un contrato de interinidad, para sustituir a una trabajadora en situación de incapacidad laboral ", según consta en el informe de la Inspección de Trabajo de Álava, de 29 de noviembre de 2013. También consta en el expediente administrativo, al folio 13, el nombramiento para el puesto de trabajo de la ahora recurrida, publicado en el correspondiente boletín oficial.

Pues bien, el día 6 de septiembre de 2013, Dña. Enriqueta solicita la prestación de riesgo durante el embarazo que le fue concedida por la Mutua, el mismo día 6 de septiembre de 2013. Posteriormente, en fecha 22 de septiembre se constata que a dicha trabajadora le correspondía ser llamada por el puesto que tenía en la bolsa de trabajo, para ocupar una vacante, por lo que el antes citado informe de la Inspección de Trabajo, de 29 de noviembre de 2013, llega a la conclusión que Dña. Enriqueta " carecía de aptitud para ser contratada el día 6 de septiembre de 2013, hecho que era conocido por la empresa, y por lo tanto su contratación no puede ser considerada como una discriminación ". En definitiva, se señala que lo procedente hubiera sido mantener su puesto en el listado de la bolsa de trabajo y al recuperar su aptitud para trabajar, incorporarse a la nueva vacante.

Acorde con dicho informe de la Inspección, se dicta Resolución, de 13 de enero de 2014, de la Dirección Provincial de Álava de la Tesorería General de la Seguridad Social, anulando el alta de Dña. Enriqueta, de fecha 6 de septiembre de 2013, en el Ente público Osakidetza-SVS (Hospital Universitaria Araba, sede Santiago), que fue el acto administrativo impugnado en el recurso contencioso administrativo.





**QUINTO** .- La interpretación del artículo 134 del TR de la Ley General de la Seguridad Social , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y del artículo 7 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero .

La interpretación de las expresadas normas resulta de aplicación para determinar si procedía, o no, el alta de una mujer embarazada, en situación de riesgo por embarazo, que no puede iniciar la prestación de servicios por dicha razón, cuando ya había sido seleccionada, de la bolsa de trabajo, y se había procedido a su nombramiento para el puesto de trabajo. Dicho de otro modo, si resulta necesario, a los efectos de dicha alta laboral, que la mujer trabajadora hubiera iniciado, en todo caso, la actividad propia de su puesto de trabajo, pues carece de aptitud, se sostiene, la embarazada en situación de riesgo.

Ciertamente el nivel contributivo, dentro del sistema de Seguridad Social, que se nutre por vía de las cotizaciones, y que incluye el riesgo durante el embarazo, ligado al inicio de la actividad o a la prestación de servicios, no impide que cualquier trabajadora recién contratada, y habiendo iniciado su actividad laboral un día o unas horas antes pudiera tener acceso a la prestación económica por riesgo durante el embarazo. Téngase en cuenta, que el artículo 42.c) del TR de la Ley General de la Seguridad Social dispone que la acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá el riesgo durante el embarazo y el artículo 187, que regula dicha prestación, dispone que la prestación económica por riesgo durante el embarazo se reconocerá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, por ello vinculada, con carácter general, a la suspensión del contrato del trabajo, según dispone el Estatuto de los Trabajadores. De manera que la referencia al fraude de ley, que se hace en la resolución administrativa desestimatoria de la alzada, no pasa de ser una genérica invocación, atendidas las circunstancias del caso, y los informes que avalan la expresada situación de riesgo por embarazo de la ahora recurrida.

Es cierto, por tanto, que la protección se vincula, con carácter general, al inicio de la actividad, pero no de forma absoluta y necesaria, pues el artículo 7 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, además de señalar que mediante el acto administrativo de alta, la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce a la persona, *que inicia una actividad* , también se refiere a la persona que " *se encuentra en una situación conexas con la misma* ", pues su condición también está comprendida, por tanto, en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social. De modo que efectivamente el alta se vincula al inicio de la actividad, pero también a esa " *situación conexas a la misma* ", que es asimilable a aquella, y que, por lo que aquí importa, tiene lugar cuando le ha correspondido la sustitución siguiendo el orden de la bolsa de trabajo, y ha sido ya nombrada para ese puesto.

Por su parte, el artículo 134 del TR de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 , como ahora el artículo 186 del TR de la Ley General de Seguridad Social de 2015, considera, a los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, que la situación protegida es 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 26.3 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.

No obsta a cuanto venimos señalando la genérica mención a la " *mujer trabajadora* " del citado artículo 134, y ahora 186, según la versión 1994 y 2015 del TR de la Ley General de la Seguridad Social , respectivamente, pues es una referencia general y no una específica prohibición a quien no ha iniciado la actividad laboral, pero ya ha sido "contratada" para el puesto de trabajo, según consta, insistimos, en el informe de la Inspección de Trabajo de 29 de noviembre de 2013, habiéndose cumplido, por tanto, todos los requisitos y exigencias necesarias para ello. Máxime cuando la norma reglamentaria establece, en los términos antes expuestos, una alusión a la concurrencia de alguna " *situación conexas* " al inicio de la actividad, según declara el artículo 7 del Reglamento General antes citado.

**SEXTO** .- La interpretación conforme con el principio de igualdad

La solución contraria a la expuesta, es decir, considerar que la mujer embarazada, en situación de riesgo por embarazo, no tiene *aptitud ni capacidad* para ser contratada, porque necesita haber iniciado la actividad laboral, supone tanto como negar la plena integración de la mujer embarazada, a todos los efectos, en una bolsa de trabajo, pues cuando llega su turno, y resulta seleccionada, nombrada y contratada, se impide su alta laboral al concurrir una situación de riesgo por embarazo, por no haber iniciado la prestación de servicios. Lo que pone de manifiesto el carácter discriminatorio por razón de sexo, pues trunca, de entrada, sus posibilidades laborales, situando a la mujer en una situación de desventaja por el riesgo asociado a la maternidad en general y al embarazo en particular.



De modo que la anulación del alta parte de una interpretación de los citados artículos 184 del TR de la LGSS y 7 del Reglamento General citado, que limita las legítimas expectativas de la mujer, fundado en las circunstancias antes referidas, lo que lesiona el artículo 14 de la CE, por la restricción de los derechos y expectativas vinculadas a la maternidad, que comportan consecuencias negativas y perjudiciales para la embarazada que, por razón de la biología, afecta únicamente a la mujer. Teniendo en cuenta que el reconocimiento de esos derechos, y la protección y garantías dispensadas por el ordenamiento jurídico, se encuentran concebidas para compensar las dificultades y desventajas que agravan de modo significativo la posición laboral de la mujer por causa de la maternidad.

La Administración no realizó, por tanto, una interpretación conforme a los principios del ordenamiento jurídico que proscriben el establecimiento de limitaciones por razón de sexo, debido a su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano ( artículos 10.1 y 14 de la CE ). Cuando los poderes públicos son, precisamente, los que deben promover no sólo la igualdad formal, sino también la igualdad real y efectiva, impidiendo que la maternidad sitúe a la mujer en una situación de desventaja.

En este sentido, el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, establece que " *la igualdad de trato y oportunidad entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas* ". De modo que deben ofrecerse las medidas alternativas razonables a la situación específica de la trabajadora, por circunstancias derivadas de la maternidad, que impidan o neutralicen una posible vulneración del principio de no discriminación del artículo 14 de la CE .

Conviene recordar, en fin, que a diferencia del principio genérico de igualdad, las prohibiciones de discriminación que se relacionan expresamente en el artículo 14 CE, como lo es por razón de sexo, presuponen la irrazonabilidad de la diferenciación al venir establecida *ex constitutione*, de modo que comporta la aplicación de un canon más estricto. En estos casos, en consecuencia, no tiene valor legitimador la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.

#### **SÉPTIMO** .- *La jurisprudencia de los distintos Tribunales (TJUE, TS y TC)*

La interpretación que venimos realizando de los artículos 134 del TR de la LGSS de 1994, y 7 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, es la que resulta conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de este Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, en los términos que seguidamente resumimos.

Significativa resulta la Sentencia del **Tribunal de Justicia de la Unión Europea** de 3 de febrero de 2000, asunto 207-1998, Mahlburg, cuando recuerda, en el apartado 29, que *el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la negativa de contratación debida al embarazo no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su período de descanso por maternidad (sentencia Dekker, antes citada, apartado 12). **La misma conclusión se impone respecto del perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto de que se trata durante el período de su embarazo***. Y concluye al declarar que *el artículo 2, apartados 1 y 3, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se opone a la negativa a contratar a una mujer embarazada para un puesto de trabajo por tiempo indefinido basada en que una prohibición legal de trabajo vinculada a dicho estado impide, durante el período de su embarazo, que ocupe desde el primer momento dicho puesto*.

La sentencia anterior se enmarca en la línea seguida por el TJUE al interpretar la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica 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, ya derogada. De la que son también exponentes las siguientes sentencias.

La no discriminación a las mujeres trabajadoras por circunstancias relacionadas con la maternidad, se afirma por el TJUE cuando declara " *que, en su relación laboral, las trabajadoras están protegidas frente a cualquier trato desfavorable como consecuencia de disfrutar o haber disfrutado de un permiso de maternidad y que una mujer que sufre un trato desfavorable a consecuencia de su ausencia debida a un permiso de maternidad es víctima de una discriminación por razón de su embarazo y de ese permiso (véase la Sentencia de 18 de noviembre de 2004, Sass, C 284/02, Rec. p. I 11143)* " (STJUE de 16 de febrero de 2006, C-294/2004, asunto Sarkatzis).

Se considera que " *dado que la Directiva 76/207 aspira a una igualdad material y no formal, las disposiciones de los artículos 2, apartados 1 y 3, y 3 de dicha Directiva deben interpretarse en el sentido de que prohíben cualquier discriminación de una trabajadora debida a un permiso de maternidad o relativa a dicho permiso, cuya finalidad*



*es proteger a la mujer embarazada, sin que proceda tener en cuenta si esa discriminación afecta a una relación laboral existente o a una nueva " (STJUE de 16 de febrero de 2006, C-294/2004, asunto Sarkatzis ).*

También había declarado en fin, que era discriminatoria la ruptura del contrato fundada en el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa del embarazo, impida temporalmente a la trabajadora desempeñar un trabajo (respecto del trabajo nocturno, STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto Habermann- Beltermann).

Esta **Sala Tercera del Tribunal Supremo** también ha considerado que no puede situarse a la mujer, por razón del embarazo, en su situación desfavorable o perjudicial. Es el caso de al STS 14 de marzo de 2014 (Recurso de casación nº 4371 / 2012), al señalar que *La singularidad del caso viene dada, pues, porque pone de manifiesto, como se ha dicho, la forma de hacer efectiva la igualdad en las condiciones de realización de la fase de oposición de este proceso selectivo para la mujer que va a dar a luz en vísperas o coincidiendo con la fecha señalada para la prueba. O sea, expresa una diferencia que solamente puede darse respecto de la mujer a punto de ser madre y por este solo motivo. (...) Pronunciamiento el nuestro que, como el de la Sala de Valladolid, no supone sino una interpretación de las bases conforme a la Constitución o, si se prefiere, a la igualdad. Y es que, en efecto, la base 6.5 permitía al tribunal calificador buscar la forma de acoger la petición de la Sra (...) o de establecer cualquier otra, como aplazamiento del ejercicio para evitar el perjuicio que sufrió, pues no se puede dar por cierto que la previsión del llamamiento único de la base 7.6 cerrase la puerta absolutamente a toda demanda de trato diferente con independencia de la causa que invocara.*

En fin, también el **Tribunal Constitucional** cuando se pronuncia sobre la cláusula de no discriminación por razón de sexo del artículo 14 de la CE , en lo relativo a la situación de riesgo por embarazo, concretamente en la STC 2/2017, de 16 de enero , declara que *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 habersele 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 .*

#### **OCTAVO.-** *La conclusión que expresa la interpretación normativa*

La interpretación del artículo 134 del TR de la Ley General de la Seguridad Social , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y del artículo 7 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, en consecuencia, comporta que aunque el acto administrativo de alta se vincule, con carácter general, al inicio de la actividad laboral, sin embargo, el citado artículo 7 del Reglamento General , además de ligar el alta dicho *inicio de la actividad* , también permite la ampliación, si concurre una " *situación conexas a la misma* " , como sucede en este caso en que ya se había contratado y dado de alta, a la mujer en situación de riesgo por embarazo. Alta que posteriormente fue anulada. La interpretación de las citadas normas ha de hacerse, por tanto, conforme con el principio de igualdad, y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que hemos expuesto.

#### **NOVENO.-** *Las costas procesales*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA , en relación con el artículo 93 de la misma Ley , no se hace imposición de costas.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido ,de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento jurídico octavo

Que **no ha lugar** al recurso de casación interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la Sentencia de fecha 1 de diciembre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de apelación nº 648/2015 . Sin costas.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. D<sup>a</sup> Maria del Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ