



Roj: **STSJ BAL 675/2013 - ECLI:ES:TSJBAL:2013:675**

Id Cendoj: **07040340012013100179**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **25/03/2013**

Nº de Recurso: **486/2012**

Nº de Resolución: **162/2013**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER WILHELMI LIZAU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00162/2013

Nº. RECURSO SUPLICACION 486/2012

Materia: DERECHOS FUNDAMENTALES

Recurrente/s: D^a María Rosario

Recurrido/s: FUNDACION HOSPITAL SON LLÀTZER, MINISTERIO FISCAL

Juzgado de Origen/Autos: JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO CUATRO DE PALMA DE MALLORCA

Demanda: 719/2010

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:

DON FRANCISCO J. WILHELMI LIZAU

MAGISTRADOS:

DON ANTONIO FEDERICO CAPÓ DELGADO

DON ANTONI OLIVER REUS

En Palma de Mallorca, a veinticinco de marzo de dos mil trece.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados que constan al margen, ha pronunciado

EN NO MBRE DE S. M. EL REY

la siguiente

SENTENCIA NÚM. 162/2013

En el Recurso de Suplicación núm. **486/2012**, formalizado por el Letrado Sr. Juan Piña Miguel, en nombre y representación de D^a María Rosario, contra la sentencia de fecha once de enero de dos mil once, dictada por el Juzgado de lo Social N.º 4 de Palma de Mallorca en sus autos demanda número 719/2010, seguidos a instancia de la parte recurrente, frente a FUNDACIÓN HOSPITAL SON LLÀTZER, representado por el Sr. Letrado Don Miguel M. Soler Bordoy, y el Ministerio Fiscal en reclamación por Derechos Fundamentales, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO J. WILHELMI LIZAU, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

1.- La demandante Dña. María Rosario titular del DNI NUM000 ha venido prestando servicios por cuenta de la Fundación Hospital de Son Llatzer en el centro de trabajo ubicado en el centro hospitalario del mismo nombre y dependiente del IB-SALUT con categoría profesional de ATS/DUE en virtud de contratos de trabajo de carácter temporal durante los periodos que se indican a continuación:

-15/1/07 a 25/1/07.

-26/1/07 a 28/2/07.

-1/3/07 a 31/3/07.

-1/4/07 a 30/4/07.

-1/5/07 a 15/5/07.

-16/5/07 a 15/6/07.

-16/6/07 a 30/9/07.

-1/10/07 a 15/11/07.

-16/11/07 a 15/1/08.

-16/1/08 a 15/2/08.

-16/2/08 a 9/11/08.

-10/11/08 a 31/1/09.

-1/2/09 a 16/3/09.

-25/3/09 a 24/5/09

-1/6/09 a 30/9/09.

-1/10/09 a 19/11/09

-20/11/09 a 15/4/10.

2.- Durante la mayor parte de las contrataciones y, en concreto, con motivo de la última de ellas, la demandante prestó servicios en la Unidad de Neonatos del hospital.

3.- Las sucesivas contrataciones de la demandante se produjeron a través de la bolsa de trabajo temporal del hospital de Son Llatzer.

4.- La demandante puso en conocimiento del Hospital de Son Llatzer su embarazo en curso de 23 semanas de gestación, siendo la fecha prevista para el parto el 24 de julio de 2.010.

5.- En fecha 23 de marzo de 2.010 la Dra. Dña. Frida , perteneciente al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Hospital de Son Llatzer emitió informe en el cual se recomienda la adaptación del puesto de trabajo de la demandante a partir de las 24 semanas de gestación evitando la realización de trabajo nocturno durante el embarazo así como la realización de turnos de trabajo de duración superior a 8-10 horas.

6.- La demandante fue nuevamente contratada mediante contrato de trabajo temporal el día 20 de abril de 2.010 para sustituir a la trabajadora Dña. Luz , la cual pasó a situación de IT el día 19 de abril. La demandante prestó servicios propios de la categoría de ATS/DUE hasta el 19 de mayo en el departamento de Cirugía Mayor Ambulatoria.

7.- La demandante volvió a ser contratada mediante contrato de trabajo temporal el día 20 de mayo de 2010 prestando servicios propios de la categoría profesional de ATS/DUE hasta el 15 de junio en el departamento de Cirugía Mayor Ambulatoria.

8.- La demandante pasó a situación de IT el día 17 de junio de 2.010.

9.- Mediante Acuerdo adoptado por la Gerencia del Hospital de Son Llatzer y el Comité de Empresa de fecha 26 de noviembre de 2.008 se consensuaron los criterios y pautas a seguir en la contratación temporal del personal, siendo uno de los requisitos establecidos para dicha contratación no padecer enfermedad o minusvalía física o psíquica que pueda impedir el desarrollo de las funciones del puesto de trabajo al que se opta.



10.- Durante el periodo que media entre los días 16 y 20 de abril de 2.010 no se efectuó contratación de categoría DUE en los servicios de Cirugía Mayor Ambulatoria ni en Consultas Externas. Si se llevaron a cabo contrataciones temporales de trabajadores destinados en los servicios de Urgencias, Quirófano, Unidad de hospitalización 3º A, 2ª C (Neonatos) y 4ª C.

11.- El hospital de Son Llatzer llevó a cabo contrataciones temporales con categoría ATS/DUE con destino a la Unidad de hospitalización 2ª C (Neonatos) en fecha 16 de abril de 2.010 y hasta el 21 de abril; desde el 22 de abril y hasta el 30 de junio; desde el 1 de junio y hasta el 30 de septiembre de 2.010; desde el 9 de junio y hasta el 16 de junio; desde el 15 de junio y hasta el 21 de junio; desde el 16 de junio y hasta el 31 de agosto; desde el 16 de junio y hasta el 31 de julio; desde el 16 de junio y hasta el 31 de octubre de 2.010; desde el 23 de junio y hasta el 7 de julio; desde el 1 de julio y hasta el 30 de septiembre de 2010 y desde el 1 de julio y hasta el 22 de julio de 2.010.

12.- Las contrataciones temporales efectuadas con destino a la Unidad de Neonatos fueron ofertadas a trabajadores con peor posición en la bolsa de trabajo temporal que la demandante.

13.- Es practica habitual en el Hospital Son Llatzer asignar a las trabajadoras ATS/DUE que se hallan embarazadas a Consultas Externas y Cirugía Mayor Ambulatoria, no siéndoles asignadas las unidades de Neonatos, ni Farmacia ni Dialisis.

14.- La prestación de servicios en el área de Neonatos comporta la necesidad de realizar turnos de trabajo nocturnos. En los servicios de Consultas Externas y Cirugía Mayor Ambulatoria no se presta servicios en turno de noche.

15.- En fecha 5 de mayo de 2.010 tuvo lugar ante el TAMIB y sin acuerdo acto conciliatorio promovido por la actora en fecha 27 de abril de 2.010.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

QUE DESESTIMANDO LA DEMANDA deducida a instancia del sindicato SATSE actuando en nombre e interés de su afiliada Dña. María Rosario contra la Fundación Hospital de Son Llatzer **debo de absolver y absuelvo** a la demandada de los pedimentos formulados contra la misma.

TERCERO.- Contra dicha resolución se anunció recurso de suplicación por el Letrado Sr. Juan Piña Miguel, en nombre y representación de Dª María Rosario, que posteriormente formalizó y que fue impugnado por la representación del Ministerio Fiscal y por FUNDACIÓN HOSPITAL SON LLÀTZER; siendo admitido a trámite dicho recurso por esta Sala, por Providencia de fecha once de Octubre de dos mil doce.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artº 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte actora formula los dos primeros motivos de suplicación de su recurso, con la pretensión revisoria, en el primero de ellos, de adicionar un nuevo hecho probado al relato fáctico de la sentencia de instancia, proponiendo para el mismo el siguiente texto:

"Desde que el 23 de marzo de 2010 se emitió informe por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales recomendando a la demandante se le adaptara el puesto de trabajo a partir de las 24 semanas de gestación y se evitara que hiciera trabajo nocturno, la demandante siguió haciendo turnos de trabajo nocturnos."

El texto propuesto se basa en que en el hecho probado segundo se declara que la demandante prestó servicios en la Unidad de Neonatos en la última contratación, del periodo comprendido entre el 20/11/09 al 15/04/10, lo que comporta la necesidad de realizar turnos de trabajo nocturno, como se declara probado en el ordinal 14, y así resulta del certificado de servicios prestados y de las nóminas aportadas, al abonarse a la actora los conceptos de turnicidad y de nocturnidad.

Tal pretensión, que ciertamente resulta probada del propio relato de hechos probados, debe estimarse, sin perjuicio de su trascendencia.

SEGUNDO.- A continuación, se insta la adición de otro hecho probado, que exprese el siguiente texto:

"Mediante escrito de 13 de abril de 2010 la empresa fue advertida de esta discriminación por los delegados del sindicato SATSE al que está afiliada la compareciente. En dicho escrito de 13 de abril de 2010, expresamente se solicita:

"1. Que se oferte a María Rosario el contrato que le corresponda en función de su puntuación en bolsa de trabajo, tanto específica en la Unidad de Neonatos como en Bolsa General, al margen de su estado de



gestación, realizándose posteriormente la protección de la maternidad descrita por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales."

Tal pretensión debe ser estimada, al resultar acreditada del documento nº 4 de los aportados con la demanda.

TERCERO.- En el siguiente y último motivo del recurso, formulado ahora por la vía del apartado c) del art. 191 de la citada norma rituarial (LPL), se denuncia la infracción del art. 14 de la CE , así como la del art. 4.2.c del Estatuto de los Trabajadores , así como se considera igualmente infringidos los arts. 35 de la CE, el 28.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y los arts. 6.1 , 8 y 10 de la Ley de Igualdad y de la jurisprudencia que se cita a lo largo de las alegaciones realizadas.

Como alega la parte recurrente, la sentencia de instancia reconoce y declara probado que la entidad demandada ofertó contrataciones temporales en la Unidad de Neonatos a trabajadores con peor posición en la bolsa de trabajo temporal que la demandante (HP 12), así como reconoce que la actora fue preterida por razón de su embarazo, por cuanto es práctica habitual en el Hospital Son Llatzer que las trabajadoras ATS-DUE, que se encuentren en gestación, asignarles puesto de trabajo en Consultas Externas y Cirugía Mayor Ambulatoria, no siéndoles asignadas las unidades de Neonatos, ni Farmacia, ni Diálisis (HP 13).

La sentencia de instancia justifican la diferencia de trato que se da a la actora, por su situación de embarazo, en relación con los trabajadores de la bolsa que le han preterido para ser contratados en la Unidad de Neonatos, en el hecho de que éstos no se encontraban en situación de embarazo, ya que el propio estado de gravidez impone restricciones en la prestación de trabajo, que obliga a la empresa a adoptar rigurosas medidas de protección de la salud de la embarazada y el feto, ya que según un informe emitido por la médico perteneciente al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de 23 de marzo de 2010, se recomienda la adaptación del puesto de trabajo de la demandante a partir de las 24 semanas de gestación, evitando la realización de trabajo nocturno durante el embarazo así como la realización de turnos de trabajo de duración superior a 8/10 horas (HP 5).

La parte recurrente sostiene, en contra de los razonamientos de la sentencia impugnada, que la sentencia no considera igual un trabajador normal que una trabajadora embarazada, dándole a ésta un trato diferente al resto de los trabajadores, debido a su estado de gestación, lo que debe calificarse como un supuesto de discriminación en el acceso al empleo por su condición de gestante, confundiendo de esta manera las exigencias de prevención y protección de la salud, que exigen un trato diferenciado con los demás trabajadores, con el acceso al empleo, el cual no debe ser limitado por la situación de embarazo de la trabajadora.

En conclusión, lo que se alega por la recurrente, es que el hecho acreditado de que la actora no fue contratada cuando debía serlo y fue preterida en la Bolsa de trabajo, contratándose a otras trabajadoras que le precedían en la Bolsa de trabajo, fue debido a su situación de embarazo, lo que supone un claro supuesto de discriminación por razón de sexo, pues como establece la 8 de la Ley 3/2007 de 22 d marzo, "Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad".

Es cierto, como alega la recurrente, que el embarazo de la mujer dificulta su acceso al trabajo, y que si el trabajo es compatible con dicho estado, la falta de contratación provoca una discriminación por razón de sexo, por ser una situación temporal que sólo sufren las mujeres, debiendo el empresario proceder a su contratación, incluso cuando el estado de la trabajadora exija dispensa de trabajo o implique traslado, habiéndose pronunciado, en este sentido las sentencias del TJCE 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 de sexo, y no se admite tal decisión, aunque se funde en razones objetivas y no razonables.

En la sentencia del TJCE de 3 de febrero de 2000, Caso Silke-Karin Mahlburg , en relación a un supuesto de riesgo durante el embarazo, declara que la propia Directiva 76/207/CEE se opone a la negativa a contratar a una mujer embarazada para un puesto de trabajo por tiempo definido basado en que una prohibición legal de trabajo vinculada dicho estado impide, durante el periodo de embarazo, que ocupe desde el primer momento dicho puesto.

También se aborda en el recurso, como situación discriminatoria por razón de sexo, el supuesto de la no contratación de la mujer embarazada por el hecho de no pueda cumplir durante todo su embarazo la totalidad de las tareas relacionadas con su empleo, sin que el perjuicio económico padecido por el empresario justifique su no contratación, sino que como declara la sentencia del TJCE de 27 de febrero de 2003 (TJCE 2003/53), procede, de acuerdo con el art. 5 de la Directiva 92/85 para los casos de riesgo para la seguridad o la salud de la trabajadora o de repercusión negativa en el embarazo o lactancia, tomar las medidas necesarias para una adaptación provisional de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo, o, de no ser posible, un cambio de puesto de trabajo o incluso, en último lugar, una dispensa de trabajo.



En este sentido se pronuncia la sentencia del TSJ de Madrid de 18 de mayo de 2000 (AS 2000/2651).

Finalmente, se alega la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la discriminación en la contratación por razón de sexo, al considerar como equiparables, desde un punto de vista discriminatorio, que las conductas del empresario consistentes en no renovar un contrato temporal y aquellas que supongan la no contratación de la mujer embarazada (TC de 7 de junio de 1994 (STC 1994/173).

Pues bien, toda la anterior doctrina declarada en las sentencias del TJCE de 3 de febrero de 2000, Caso Silke-Karin Mahlburg , de 27 de febrero de 2003 (TJCE 2003/53), 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 de sexo, y no se admite 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 que le precedían en la Bolsa de trabajo, debido a su situación de embarazo, lo que supone un claro supuesto de discriminación por razón de sexo, pues como establece la 8 de la Ley 3/2007 de 22 d marzo, "Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la 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 a 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 relevarla de la turnicidad, evitando su trabajo nocturno, o bien mediante traslado a otra unidad u otras medidas que evitaran jornadas o servicios no adecuados o aconsejados a un trabajadora embarazada, como estaría obligada a adoptarlas con una trabajadora fija, incluso a darla de baja médica por riesgo en situación de embarazo, pero en ningún caso, impedirle el acceso al trabajo.

CUARTO.- Por todo lo expuesto procede la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia, y, en su lugar, procede dictar nueva resolución en la que en virtud de lo expresado en esta resolución, se estime íntegramente la demanda.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

PRIMERO.-SE ESTIMA el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D^a María Rosario contra la sentencia dictada por la Ilm. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social num. 4 de Palma de Mallorca, de fecha 11 de enero de 2011 , en virtud de demanda promovida por la citada recurrente contra la Fundación Hospital Son Llätzer, y, en su consecuencia, **SE REVOCA** la sentencia recurrida Y se la deja sin efectos.

SEGUNDO.- Que estimando la demanda formulada por D^a María Rosario contra la Fundación Hospital Son Llätzer, debemos declarar y declaramos como radicalmente nula su postergación a ser contratada por estar embarazada, al constituir una supuesto de discriminación por razón de sexo, condenando a la entidad demandada al cese inmediato de dicha conducta y a que indemnice a la actora por los perjuicios sufridos por su no contratación, consistentes en las retribuciones dejadas de percibir, cotizaciones sociales y prestaciones de maternidad que le correspondan, que se determinaran en periodo de ejecución de sentencia.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA** ante la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por abogado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos **218** y **220** y cuya forma y contenido deberá adecuarse a los requisitos determinados en el artº. **221** y con las prevenciones determinadas en los artículos **229** y **230** de la **Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social** .

Además si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en el Banco Español de Crédito, S.A.(BANESTO), Sucursal de Palma de Mallorca, cuenta número 0446-0000-65-0486-12 a nombre de esta Sala el importe de la condena o bien aval bancario indefinido pagadero al primer requerimiento, en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, documento escrito de aval que deberá



ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Conforme determina el artículo 229 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregando en esta Secretaría al tiempo de preparar el recurso la consignación de **un depósito de 600 euros**, que deberá ingresar en la entidad bancaria Banco Español de Crédito, S.A. (BANESTO), sucursal de la calle Jaime III de **Palma de Mallorca**, cuenta número 0446-0000-66-0486- 12.

Conforme determina el artículo 229 de la LRJS, están exentos de constituir estos depósitos los trabajadores, causahabientes suyos o beneficiarios del régimen público de la Seguridad social, e igualmente el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

En materia de Seguridad Social y conforme determina el artículo 230 LRJS se aplicarán las siguientes reglas:

a) Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, para que pueda recurrir el condenado al pago de dicha prestación será necesario que haya ingresado en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, con objeto de abonarla a los beneficiarios durante la sustanciación del recurso, presentando el oportuno resguardo. El mismo ingreso de deberá efectuar el declarado responsable del recargo por falta de medidas de seguridad, en cuanto al porcentaje que haya sido reconocido por primera vez en vía judicial y respecto de las pensiones causadas hasta ese momento, previa fijación por la Tesorería General de la Seguridad social del capital costa o importe del recargo correspondiente.

c) Si en la sentencia se condenara a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, ésta quedará exenta del ingreso si bien deberá presentar certificación acreditativa del pago de la prestación conforme determina el precepto.

d) Cuando la condena se refiera a mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, el condenado o declarado responsable vendrá obligado a efectuar la consignación o aseguramiento de la condena en la forma establecida en el artículo 230.1.

Conforme determina el art. 230.3 LRJS los anteriores requisitos de consignación y aseguramiento de la condena deben justificarse, junto con la constituir del depósito necesario para recurrir en su caso, en el momento de la preparación del recurso de casación o hasta la expiración de dicho plazo, aportando el oportuno justificante. Todo ello bajo apercibimiento que, de no verificarlo, podrá tenerse por no preparado dicho recurso de casación.

Guárdese el original de esta sentencia en el libro correspondiente y líbrese testimonio para su unión al Rollo de Sala, y firme que sea, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia junto con certificación de la presente sentencia y archívense las presentes actuaciones.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de la fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente que la suscribe, estando celebrando audiencia pública y es notificada a las partes, quedando su original en el Libro de Sentencias y copia testimoniada en el Rollo.- Doy fe.