

Discriminación directa por embarazo en el acceso al empleo público temporal.

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Resumen: *La denegación y postergación por la Administración pública sanitaria de la efectividad del nombramiento como personal estatutario temporal de una profesional sanitaria integrada en una bolsa de empleo -nombramiento que le correspondía conforme al turno de nombramientos temporales de dicha bolsa- a la finalización de su situación de incapacidad temporal por embarazo y de su posterior permiso de maternidad, y a su efectiva incorporación al trabajo, computándole el período de vigencia del nombramiento únicamente a efectos de experiencia profesional, constituye una vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.*

Palabras clave: *Igualdad. Discriminación directa por sexo. Personal estatutario temporal. Bolsas de trabajo. Llamamientos temporales. Incapacidad temporal por embarazo. Falta de nombramiento. Incorporación efectiva.*

Abstract: *The refusal and postponement by the public health administration of the effectiveness of the appointment as temporary statutory personnel of a health professional included in an employment exchange - an appointment which corresponded to her in accordance with the shift of temporary appointments in that exchange - until the end of her temporary disability due to pregnancy and her subsequent maternity leave, and her actual return to work, with the period of validity of the appointment being counted solely for the purposes of professional experience, constitutes a breach of the principle of equality in Article 14 of the Constitution.*

Keywords: *Equality, direct discrimination based on sex. Temporary statutory personnel. Temporary labor pools. Calls for temporary employment. Temporary incapacity due to pregnancy. Non-nomination. Effective incorporation to work.*

I. Introducción

El tema objeto de la sentencia 1.555/2022, de 23 de noviembre de 2022, es recurrente en la jurisprudencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y en la jurisprudencia de otros Tribunales. La sentencia, al fijar el interés objetivo del recurso de casación contencioso-administrativo para la formación de la jurisprudencia, aprecia la vulneración del derecho fundamental a la igualdad de la recurrente del artículo 14, primer inciso, de la Constitución, pero no la vulneración de su derecho fundamental a no sufrir discriminación por embarazo del mismo precepto constitucional, segundo inciso.

Sin embargo, la denegación administrativa de la formalización del contrato de una trabajadora por su falta de incorporación al puesto de trabajo por incapacidad temporal derivada de embarazo describe una discriminación directa por sexo de la mujer trabajadora embarazada, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia y de la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que la propia sentencia recoge en su fundamentación jurídica. Aún más: la cuestión de interés casacional para la formación de la jurisprudencia, fijada por el auto de admisión del recurso, de la Sección Primera de la Sala, de 11 de noviembre de 2021, preguntaba “si constituye una discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la Constitución española) la actuación administrativa” impugnada.

La Administración sanitaria andaluza niega la capacidad de la mujer embarazada, en situación de incapacidad temporal por embarazo, para ser contratada y trabajar, vinculando esa capacidad al inicio de la actividad laboral, y por ello no hace efectivo el nombramiento a que tenía derecho por el sistema de listas para nombramientos temporales. La actuación administrativa impugnada, que la sentencia anula, impide el acceso al empleo de la trabajadora por su situación de incapacidad temporal ocasionada por su embarazo, situando a la mujer en una situación de desventaja por el riesgo asociado a la maternidad en general y al embarazo en particular.

Las sentencias 803/2018, de 26 de febrero de 2018, y 772/2022, de 16 de junio de 2022, de la misma Sección y Sala, resolvieron casos similares, de trabajadoras integradas en bolsas en contratación temporal en situación de baja por incapacidad temporal por embarazo, a las que las Administraciones sanitarias autonómicas dieron de baja o pospusieron su nombramiento efectivo hasta su reincorporación efectiva al trabajo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1555/2022, de 23 de noviembre.

Tipo y número recurso: recurso de casación núm. 987/2021

ECLI:ES:TS: 2022:4337

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excm. Sra. Dña. Celsa Pico Lorenzo.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En la mecánica de funcionamiento del recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el problema suscitado queda reflejado con precisión en el auto de admisión del recurso por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal, que debe identificar y motivar que el problema planteado presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia como requisito ineludible de admisión del recurso (art. 88 LJCA).

En este recurso de casación, el auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 11 de noviembre de 2021^[1], admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por la trabajadora, Facultativo Especialista del Área de Medicina Interna de hospital inscrita como personal estatutario temporal inscrita en bolsa de contratación temporal. Fijó el citado auto la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en determinar si constituye una discriminación por razón de sexo (art. 14 de la

Constitución española) la actuación administrativa que, ante la situación de incapacidad temporal por embarazo de una profesional sanitaria integrada en la bolsa de empleo a la que se había ofrecido un nombramiento como personal estatutario temporal, retrasó la efectividad de dicho nombramiento a la finalización de la situación de baja por incapacidad temporal y del posterior permiso de maternidad y a la consiguiente incorporación de la trabajadora, sin reconocer, respecto del periodo de tiempo en que el nombramiento no fue efectivo, ningún otro efecto que el mero cómputo de dicho tiempo como experiencia profesional a efectos de otros procesos selectivos de esa misma Administración sanitaria. En definitiva, el nombramiento no produjo plenos efectos ante la falta de incorporación efectiva (RJ 2º y Acuerda 2º; FD 2º de la sentencia).

1. Hechos

La recurrente presta servicios de forma ininterrumpida, desde 2007, con la categoría de Facultativo Especialista del Área de Medicina Interna en el Hospital Regional Universitario de Málaga, estando inscrita como personal estatutario temporal en la bolsa de contratación temporal.

Le fueron ofertados dos nombramientos, el primero del 1 de junio de 2014 al 31 de enero de 2015, y el segundo, del 1 de febrero de 2016 al 31 de enero de 2017, cuando se encontraba embarazada y en situación de incapacidad temporal. Por ello, optó por diferir su incorporación efectiva al día inmediato siguiente a finalizar el período de maternidad, siempre que la causa que motivó el nombramiento aún permaneciera, produciéndose las respectivas incorporaciones efectivas el 24 de enero de 2015 y el 20 de octubre de 2016, respectivamente.

A falta de la incorporación efectiva de la trabajadora en las situaciones de incapacidad temporal por embarazo y de permiso de maternidad, el Director Gerente del Hospital Regional Universitario de Málaga computó únicamente el período de vigencia del nombramiento a efectos de experiencia profesional, en aplicación del punto IV.11.5 del texto refundido del Pacto de la Mesa Sectorial de Sanidad, suscrito entre la Administración y las organizaciones sindicales, sobre el sistema de selección de personal estatutario temporal para puestos básicos en el Servicio Andaluz de Salud (SAS), aprobado y publicado por resolución de 21 de junio de 2010, de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional del SAS.

En consecuencia, el nombramiento no produjo plenos efectos ante la falta de incorporación efectiva de la trabajadora.

Las solicitudes de la trabajadora de 13 de febrero de 2017 sobre formalización de los nombramientos como personal estatutario temporal y su consideración como tiempo de trabajo a todos los efectos fueron desestimadas por resolución de 6 de marzo de 2017 del Director Gerente del Hospital Regional Universitario de Málaga.

2. Antecedentes

La referenciada resolución administrativa fue recurrida por la trabajadora. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Málaga desestimó el recurso contencioso-administrativo por sentencia de 16 de octubre de 2018^[2], que rechazó la existencia de discriminación por embarazo, aplicando en su literalidad el punto IV. 11.5 del Pacto de la Mesa Sectorial de Sanidad, a cuyo tenor la aceptación de un nombramiento temporal por la persona que esté disfrutando de permisos por maternidad, paternidad, riesgo de embarazo o lactancia, y opte por continuar con su disfrute, vincula al SAS a garantizar el nombramiento aceptado, a efectos de cómputo de la experiencia profesional, con las siguientes consecuencias: 1ª.- La persona puede seguir disfrutando de cualquiera de los permisos citados, de modo que la incorporación efectiva pasa al día inmediato siguiente al de la finalización del permiso. 2ª.- Si la persona opta por continuar disfrutando el permiso de maternidad o paternidad, la seguridad social le abonará, si cumple los requisitos, las prestaciones

que por su situación le correspondan, sin recoger una similar previsión para los permisos de riesgo de embarazo o lactancia natural.

La demandante interpuso recurso de apelación. La sentencia de 10 de septiembre de 2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga^[3], estimó en parte el recurso en el único punto dejar sin efecto la condena en costas impuesta a la recurrente por la sentencia de instancia.

La Sala de Málaga descartó que se hubiese vulnerado el derecho a la igualdad (art. 14 de la Constitución) de la trabajadora recurrente, pues “la indemnidad” de su estado de embarazo habría quedado garantizada por la regulación del punto IV del punto 11.5 del Pacto Sectorial de Sanidad, al asegurar el nombramiento de la trabajadora temporal hasta su incorporación al trabajo efectivo y computar el período no trabajado como experiencia profesional. En cuanto a los aspectos retributivos derivados de la falta de formalización del nombramiento, consideró la Sala que habían resultado garantizados por las correspondientes prestaciones de seguridad social: prestación económica por riesgo durante el embarazo y por nacimiento y cuidado de hijo, cuyas cuantías no se había acreditado que fueran inferiores a las que correspondería a cualquier otra profesional que ostentase en propiedad la plaza. Las consecuencias administrativas en materia de trienios o carrera profesional deberían analizarse cuando se produjeran tales situaciones.

La recurrente preparó recurso de casación, con base en el artículo 88.2, apartados a), c) e) y f) de la LJCA, denunciando la infracción del artículo 14 de la Constitución, de la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de los artículos 3, 8, 3 [sic], 51 a), b) y f) de la

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como del Punto IV 11.5.5 y 6 del Pacto de la Mesa Sectorial de Sanidad, aprobado por la Resolución de 21 de junio de 2010 de la Dirección de Personal y Desarrollo Profesional del SAS. La Directiva 2002/73/CE, que el auto de admisión del recurso de casación, de 11 de noviembre de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, citado, no toma en consideración, había sido derogada por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

La sentencia recurrida vulneraba la doctrina de las SSTC 162/2016, de 13 de octubre y 2/2017, de 16 de enero, relativas a la discriminación de la mujer trabajadora por embarazo o maternidad, y la STJUE de 16 de febrero de 2006, C-2914/2004, sobre la prohibición de discriminación de trabajadora por razón de la maternidad.

El auto de admisión del recurso de casación de la Sección Primera apreció que la cuestión litigiosa planteaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, en los términos que ya han quedado señalados, por concurrir las circunstancias del apartado c) del artículo 88.2 de la LJCA, por la virtualidad expansiva de la doctrina a examen, así como por la afectación a la doctrina constitucional existente sobre prohibición de discriminación de la mujer por embarazo o maternidad.

IV. Posición de las partes

1. De la recurrente

La trabajadora denunció la discriminación padecida por los perjuicios laborales sufridos por razón de su embarazo y maternidad. El Director Gerente del Hospital Regional Universitario de Málaga y los órganos judiciales habrían procedido a efectuar una interpretación errónea con la consiguiente aplicación indebida del Punto IV 11.5.5 y 6 del texto refundido y actualizaciones del Pacto de la Mesa Sectorial de Sanidad sobre sistemas de selección de personal estatutario temporal para puestos básicos en el SAS, referido a situaciones especiales en bolsa de empleo temporal.

Los nombramientos como personal estatutario temporal debieron hacerse en el momento de su aceptación por la trabajadora, sin que su situación de incapacidad temporal por embarazo y posterior maternidad permitiese su posposición al momento de su incorporación efectiva al trabajo. En lugar de ello, los nombramientos fueron sustituidos por una simple certificación que establecía que le correspondían a la facultativa especialista en medicina interna y que serían formalizados cuando finalizase la situación de incapacidad temporal por embarazo y posterior maternidad, lo que constituyó una vulneración palmaria del artículo 14 de la Constitución y una discriminación por sexo que la Administración y los órganos judiciales debían haber removido aplicando los preceptos de normas superiores alegados y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia que los interpreta.

Razona la recurrente que, conforme a la doctrina de las SSTC 66/2014, 162/2016, y 2/2017, la Constitución proscribire, por discriminatorio por causa de sexo, cualquier perjuicio laboral que se derive para la mujer de su embarazo o maternidad, tanto en el ámbito público como privado, con independencia de todo propósito discriminatorio del empleador y de que las consecuencias hubieran sido las mismas de haberse tratado de un trabajador del sexo masculino de baja por cualquier otra causa.

2. Del Servicio Andaluz de Salud

El SAS argumentó la existencia de “dos procesos idénticos en espacios temporales distintos”.

En el primero de ellos, mientras la recurrente se encontraba en situación de incapacidad temporal motivada por su embarazo, el SAS le ofreció un nombramiento temporal eventual a jornada parcial para la prestación de servicio determinado de naturaleza temporal con fecha de inicio 1 de junio de 2014 y fecha de término de 31 de enero de 2015, que le correspondía por el orden marcado en la bolsa de empleo temporal. La trabajadora aceptó el nombramiento y pospuso su incorporación efectiva al día inmediato siguiente a finalizar el permiso de maternidad – el 4 de octubre de 2014 había tenido lugar el parto-, siempre que la causa que motivó el nombramiento permaneciera. Agotado el período de prestación de maternidad cubierto por el INSS el 23 de enero de 2015, la trabajadora se incorporó al día siguiente para cumplir lo que le restaba del contrato que se le ofertó, esto es, desde el 24 de enero a 31 de enero de 2015, pidiendo el mismo día de su incorporación la ampliación del período de prestaciones de maternidad en las cuatro semanas que según la normativa de la Junta de Andalucía podía disfrutar hasta el mismo 31 de enero de 2015. El 1 de febrero de 2015 se le realizó un nuevo nombramiento por el SAS hasta el 28 de febrero de 2015, pidiendo igualmente la ampliación del período de prestaciones de maternidad en las cuatro semanas (ya sólo le restarían tres semanas al haber disfrutado de una semana en el período inmediatamente anterior) que según la normativa de la Junta de Andalucía le correspondían hasta el mismo 20 de febrero de 2015.

En el segundo proceso, la recurrente venía prestando servicios mediante nombramiento temporal de carácter eventual desde el 1 de marzo de 2015 a 31 de enero de 2016, habiendo obtenido incapacidad temporal el día 23 de noviembre de 2015 por lo que hasta el día 31 de enero de 2016 en que finalizaba su nombramiento percibió las correspondientes prestaciones por incapacidad temporal. Estando en situación de incapacidad temporal relacionada con su embarazo y percibiendo las prestaciones por desempleo, el SAS ofreció a la recurrente un nombramiento temporal eventual a jornada parcial para la prestación de servicio determinado de naturaleza temporal con fecha de inicio 1 de febrero de 2016 y fecha de término el 31 de enero de 2017, nombramiento que le correspondía por el orden establecido en la bolsa de empleo temporal. De nuevo, la recurrente aceptó el nombramiento y difirió su incorporación efectiva al día inmediato siguiente a finalizar el permiso de maternidad - el parto había tenido lugar el 30 de junio de 2016, y percibiría las prestaciones de maternidad del INSS hasta el 19 de octubre de 2016 correspondientes a las dieciséis semanas legalmente establecidas para dicho permiso-. Una vez agotado el período de prestación, la trabajadora se incorporó al día siguiente para cumplir lo que le restaba del contrato que se le ofertó, esto es desde el 20 de octubre de 2016 a 31 de enero de

2017, pidiendo el mismo día 20 de octubre de 2016 la ampliación del período de prestaciones de maternidad en las cuatro semanas correspondientes según la normativa de la Junta de Andalucía, hasta el día 16 de noviembre de 2016, reincorporándose hasta la finalización del nombramiento.

Según el SAS, la pretensión de la recurrente de obtener un nombramiento, tanto el día 1 de junio de 2014 correspondiente al primero de los procesos como el día 1 de febrero de 2016 respecto al segundo de los procesos, “tiene lugar en ambos casos cuando la misma se encontraba en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, que no por maternidad, existiendo en ambos casos una falta de capacidad funcional para el desempeño de las funciones propias del puesto”. Por ello, consideró el SAS que reconocer que esas situaciones de incapacidad temporal pudieran generar el derecho solicitado a obtener el nombramiento significaría privilegiar a la recurrente respecto de los demás integrantes de las listas de la bolsa de contratación, y no sólo respecto de los profesionales que estando igualmente en una situación de incapacidad temporal (común) y no teniendo la totalidad de la capacidad funcional no pudieran acceder a un ofrecimiento, sino a todos los que estuvieran inscritos en las listas de la bolsa de contratación.

En la impugnación del SAS, no existía vulneración alguna del derecho fundamental a la igualdad, pues la recurrente no resultaba penalizada por el hecho de estar en situación de incapacidad temporal coincidente con su embarazo. Bien al contrario, resultaba beneficiada al recibir la oferta de un contrato durante la situación de falta de capacidad funcional, difiriendo sus efectos a un momento posterior en que la situación temporal incapacitante hubiera desaparecido, reconociéndole, además, el cómputo de dicho período a efectos de experiencia en otros procesos selectivos posteriores.

En definitiva, la recurrente no se encontraba en las situaciones jurídicas de permiso maternidad, riesgo durante el embarazo, o permiso de lactancia cuando se le ofertaron los nombramientos de 1 de junio de 2014 a 31 de enero de 2015 y de 1 de febrero de 2016 a 31 de enero de 2017, sino en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, que aunque relacionada con el embarazo, en ningún caso integra las situaciones relacionadas, por lo que tampoco había sido incorrectamente interpretado el punto V.11.5 del texto refundido del Pacto de la Mesa Sectorial de Sanidad suscrito entre la Administración Sanitaria de Andaluza-SAS y las organizaciones sindicales CEMSATSE, CCOO, UGT y CSI-CSIF sobre sistema de selección del personal estatutario temporal para puestos básicos en el Servicio Andaluz de Salud.

El Letrado de Administración Sanitaria terminó la exposición de los motivos de impugnación del recurso de casación suplicando se dictase sentencia que resolviese negando que constituyera discriminación por razón de sexo posponer el nombramiento como personal estatutario temporal, que por turno correspondiera, a una profesional en situación de incapacidad temporal por embarazo en el momento de su ofrecimiento hasta la finalización de la citada situación de incapacidad temporal, sin que ese período de tiempo transcurrido hasta la efectividad del nombramiento generase otro efecto que el de su cómputo a efectos de experiencia profesional en los procesos selectivos realizados por la Administración Sanitaria.

V. Normativa aplicable al caso

Constitución

- “Artículo 14

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”-

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

- “Artículo 3. El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”.

- “Artículo 8. Discriminación por embarazo o maternidad.

Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.

- “Artículo 51. Criterios de actuación de las Administraciones públicas.

Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán:

a) Remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional.

b) Facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional.

[...]

f) Establecer medidas efectivas para eliminar cualquier discriminación retributiva, directa o indirecta, por razón de sexo

[...]”.

Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa

- “Artículo 88

2. El Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna:

a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido

[...]

c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.

[...]

e) Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional.

f) Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.

[...]”

- “Artículo 93

[...]

4. La sentencia que se dicte en el momento procesal a que se refiere el apartado 8 del artículo anterior, resolverá sobre las costas de la instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de esta ley y dispondrá, en cuanto a las del recurso de

casación, que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad. No obstante, podrá imponer las del recurso de casación a una sola de ellas cuando la sentencia aprecie, y así lo motive, que ha actuado con mala fe o temeridad; imposición que podrá limitar a una parte de ellas o hasta una cifra máxima”.

- “Artículo 139

[...]

3. En el recurso de casación se impondrán las costas de conformidad con lo previsto en el artículo 93.4

[...]”

Resolución de 21 de junio de 2010, de la Dirección de Personal y Desarrollo Profesional del Servicio Andaluz de Salud por la que se dispone la aprobación y publicación del texto refundido y actualizaciones del Pacto de Mesa Sectorial de Sanidad, suscrito entre la Administración Sanitaria de Andalucía-SAS y las Organizaciones Sindicales que se citan (SATSE, CC.OO., UGT, CSI-CSIF, SMA y USAE), el 18 de mayo de 2010, sobre sistema de selección de personal estatutario temporal para puestos básicos en el Servicio Andaluz de Salud (BOJA núm. 137, Sevilla, 14 de julio 2010)

“IV. SELECCIÓN MEDIANTE BOLSA DE EMPLEO DE PERSONAL ESTATUTARIO TEMPORAL

[...]

5. Situaciones especiales.

[...]

5. Las personas candidatas inscritas en bolsa de empleo temporal que se encuentren en situación de disponible y en el momento de corresponderle un nombramiento temporal se encuentren disfrutando del permiso por maternidad o paternidad o de la prestación por riesgo durante el embarazo o lactancia natural, les será ofertado dicho nombramiento y, si es aceptado por la persona candidata, se garantizará el mismo, a efectos de cómputo de la experiencia profesional, pero la persona podrá optar por seguir disfrutando del permiso por maternidad o paternidad o las situaciones descritas hasta finalizar el período legalmente estipulado en dicho permiso, difiriendo la incorporación efectiva al día inmediato siguiente a finalizar el permiso, siempre que la causa que motivó el nombramiento aún permanezca. En caso de optar por seguir disfrutando del permiso por maternidad o paternidad corresponderá al órgano competente del Instituto Nacional de la Seguridad Social, si reúne los requisitos, el abono de las prestaciones que por su situación pudieran corresponderle. Para ello los centros deberán certificar a dicho Organismo que el nombramiento se ha suscrito, pero que la persona interesada no percibe retribuciones ni ejerce las funciones inherentes al mismo.

A su vez, a aquellas mujeres que se encuentren en situación de incapacidad temporal, coincidiendo ésta con su estado de gestación (y que así lo hayan comunicado voluntariamente al Área de vigilancia de la salud correspondiente), les será ofertado un nombramiento temporal por el sistema de selección de personal temporal, siempre y cuando la afectada se encuentre en situación de disponible y le corresponda dicho nombramiento por orden de puntuación. El nombramiento se hará efectivo al día inmediato siguiente en que dicha situación de incapacidad temporal finalice, siempre que la causa que motivó el nombramiento aún permanezca.

Este periodo le será computado a efectos de experiencia profesional en los procesos selectivos correspondientes.

6. El nombramiento ofertado se iniciará por la persona candidata una vez finalizado el permiso por maternidad, paternidad o cualquiera de las situaciones relacionadas en este apartado por el período restante.

[...]"

VI. Doctrina básica

Conocemos ya los términos en los que el auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 11 de noviembre de 2021 admitió el recurso de casación y fijó la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

1. *Sobre la doctrina jurisprudencial de la Sala (y su construcción con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional)*

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo inicia la exposición de su doctrina en su FD 5º (“La posición de esta Sala expresada en la sentencia de 16 de junio de 2022 recurso casación 6021/2021”), remitiéndose a su doctrina ya expresada en su reciente sentencia 772/2022^[4]. La cuestión de interés casacional objetivo a que la Sala hubo de atender en aquella ocasión no era literalmente idéntica a ésta, pero sí en su sustancia^[5], por lo que la doctrina ya sentada allí resulta de aplicación en este caso.

A su vez, la sentencia parcialmente reproducida 772/2022, de 16 de junio de 2022, traía causa de la doctrina de la sentencia 803/2018, de 26 de febrero de 2018^[6], citada en su FD 3º, de nuevo pese a las diferencias de los casos resueltos, de limitada significación. La sustancial identidad de los casos estribaba en que se debatían los perjuicios o tratos desfavorables o peyorativos causados a las mujeres trabajadoras en el acceso al empleo y en sus condiciones de trabajo y profesionales por causa de su situación de incapacidad temporal por embarazo, a las que la Administración había negado su incorporación efectiva a puestos de trabajo ofertados de acuerdo con su inclusión en las bolsas de trabajo constituidas para realizar y ordenar los llamamientos temporales, habiendo manifestado expresamente las trabajadoras embarazadas su aceptación del llamamiento. La Administración las había negado su aptitud para trabajar, bien cuando ya había formalizado la relación laboral, denegándole el alta en la seguridad social, bien previamente, oponiéndose a realizar su nombramiento.

Precisa la sentencia comentada, como hizo la precedente 772/2022, de 16 de junio de 2022, que la sentencia 803/2018, de 26 de febrero de 2018 analizaba los hechos para fijar la interpretación del artículo 134 del texto refundido de la derogada Ley General de la Seguridad Social de 1994, sobre la situación protegida de riesgo durante el embarazo (art. 186 de la vigente LGSS de 2015) 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. Pero enseguida añade que ese análisis y esa interpretación se enmarcaban en su dimensión constitucional y europea, en los derechos fundamentales de las mujeres trabajadoras a la igualdad y a no padecer discriminación en su trabajo por embarazo y maternidad, constitutiva de una discriminación directa por sexo, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo en aplicación de la Constitución, de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y de normas del Derecho de la Unión Europea.

A partir de aquí la sentencia, en su larguísimo FD 5º, reproduce el FD 3º de la sentencia 772/2022, que, a su vez, reproduce el FD 7º de la sentencia 803/2018, y cita sentencias que no exactamente se corresponden con el caso que ha de resolver, aunque contienen doctrina sobre discriminación de la mujer trabajadora por embarazo y maternidad: del Tribunal de Justicia (de 3 de febrero de 2000, C- 207/1998, *Mahlburg*, apdo. 29; de 16 de febrero de 2006, C-294/2004, *Sarkatzis*, y las por ellas citadas) sobre las viejas Directivas 76/207/CEE y 2002/73/CE, 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, que se oponían, por discriminatoria, a cualquier situación desfavorable o perjudicial para las mujeres por su embarazo y maternidad en los ámbitos materiales señalados.

Cita a continuación la sentencia de la propia Sala de 14 de marzo de 2014^[7] y, sin seguir un orden lógico de cita, como diré seguidamente en su comentario, la STC 2/2017, de 16 de enero, que enjuicia una actuación empresarial discriminatoria directa por razón de sexo al perjudicar a una trabajadora a tiempo parcial por su condición de mujer, tras su baja por embarazo y maternidad, impidiéndole el ejercicio de un derecho preferente de opción a modificar sus condiciones laborales (a incrementar su jornada laboral semanal y a trasladarse a otro centro de salud) que le reconocía el convenio colectivo aplicable, "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" (FJ 6).

De nuevo con la literalidad de las sentencias precedentes, en su aplicación al caso, afirma que 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".

Prosigue aplicando la doctrina de la sentencia 803/2018, pues en este caso se negaba "la aptitud de la mujer embarazada para trabajar y por ello no se le hace el nombramiento a que tenía derecho por el sistema de listas para nombramientos temporales". Aquí vuelve a saltar al Tribunal Constitucional, a su sentencia 108/2019, de 30 de septiembre de 2019, con el fin de reiterar un lugar común de la jurisprudencia constitucional: 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" (FD 2º de la STC); y de traer al caso otra afirmación reiterada de la jurisprudencia constitucional: que "la vulneración del derecho a la no discriminación en relación con decisiones empresariales en materia de contratación" se produce "aun sin encontrarse vigente una relación laboral" (FD 4º de la STC).

Concluye, en consecuencia, en este nivel de la argumentación, con las anteriores SSTs 772/2022 y 803/2018, que la vulneración del derecho a la no discriminación también rige respecto de las decisiones empresariales sobre contratación, "aun sin encontrarse vigente una relación laboral", por lo que la pretensión de la recurrente no podía decaer por causa de la no formación previa de la relación contractual - justamente la falta y posposición del nombramiento como personal estatutario eventual a jornada parcial de la trabajadora embarazada a su incorporación efectiva es el objeto de la *litis* -, "ya que el art. 14 CE, en su tutela antidiscriminatoria, gobierna también esa fase del curso laboral y sus formalizaciones jurídicas".

Finalizando este FD 5º regresa al Derecho de la Unión para recordar que, con efectos de 15 de agosto de 2009, había sido derogada la Directiva 76/207/CE, reformada por la Directiva 2002/73/CE de 9 de febrero, habiendo quedado refundidas en la vigente Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, considera discriminación directa por sexo "el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE" [art. 4.2.c)].

Reitera a continuación el FD 4º de la STS 772/2022, para señalar que la situación fáctica objeto de aquel proceso no era conforme al principio de igualdad y que los órganos judiciales no habían realizado la interpretación y aplicación de las normas conforme a la proscripción constitucional del 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”. Sin dejar de citar algún pasaje de la STS 803/2018, que actualiza con la cita de la STC 208/2019 para apuntalar el deber de la Administración de garantizar la no discriminación y la necesidad de adoptar medidas tuitivas en el acceso al empleo de las mujeres.

2. Sobre la aplicación de la doctrina jurisprudencial de la Sala al caso

Por fin, en el FD 5º traslada la doctrina jurisprudencial de la STS 803/2018, y en particular de la STS 772/2022, al caso de su enjuiciamiento. Con la consecuencia de resolver la cuestión de interés casacional objetivo, respondiendo que vulnera “el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española no formalizar el contrato de trabajo a una mujer que no se incorpora al puesto de trabajo, ofertado y aceptado, por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, sin que pueda diferirse su contratación al momento en que cause alta si persiste la necesidad que lo motivó cuando por razones temporales no podría llegar a concurrir esa situación”.

Los breves FFDD 6º y 7º se destinan a reiterar la respuesta a la cuestión de interés casacional y a fijar sus consecuencias en el caso de autos.

La sentencia reitera que resulta contrario al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española “no formalizar el contrato de trabajo a una mujer que no se incorpora al puesto de trabajo, ofertado y aceptado, por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, sin que pueda diferirse su contratación al momento en que cause alta si persiste la necesidad que lo motivó cuando por razones temporales no podría llegar a concurrir esa situación”.

La estimación del recurso de casación de la trabajadora conlleva, además de la anulación de las sentencias impugnadas de instancia y apelación, la estimación del recurso contencioso-administrativo y la declaración de nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas en la instancia por ser contrario a Derecho no formalizar la relación laboral de empleo temporal de la trabajadora por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal por embarazo y postergar la contratación al momento en que causara el alta si persistiera la necesidad que motivó el llamamiento de la bolsa de empleo, “a sabiendas de que esa situación no se produciría dentro del periodo de tiempo a que hubiese alcanzado el nombramiento temporal indebidamente frustrado”, con todas las consecuencias administrativas y profesionales derivadas de la anulación de los actos administrativos impugnados.

VII. Parte dispositiva

La Sala decide:

“PRIMERO.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de [...la recurrente] contra la sentencia dictada el 10 de septiembre de 2020 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso de apelación nº. 1087/2019, sentencia que anulamos.

SEGUNDO.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por [...la recurrente] contra la sentencia dictada el 16 de octubre de 2018 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Málaga en el procedimiento abreviado nº. 173/2017, sentencia que anulamos.

TERCERO.- Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por [...la recurrente], contra la resolución del Director General de Profesionales del Servicio Andaluz de Salud de 6 de marzo de 2017, procediendo a su anulación y declarar el derecho de la recurrente a que se le formalicen los nombramientos de personal estatutario temporal en los periodos del 1 de junio de 2014 al 24 de enero de 2015 y del 1 de febrero de 2016 al 19 de octubre de 2016, teniendo en cualquier caso los mismos la consideración de tiempo trabajado a todos los efectos, incluidos los de bolsa de contratación y experiencia profesional, con los demás derechos que se deriven de dicha situación, y condenar igualmente al Servicio Andaluz de Salud a formular las rectificaciones informáticas en sus sistemas de gestión de personal que sean necesarias para que se haga efectivo en los mismos el derecho reclamado.

CUARTO.- Fijar como doctrina la reflejada en el fundamento Sexto.

QUINTO.- En cuanto a las costas estar a los términos señalados en el último fundamento de Derecho [...].”

En efecto, en el 8º y último FD la Sala, de acuerdo con la regulación de los artículos 93.4 y 139.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, dispone que en el recurso de casación cada parte ha de abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad; en cuanto a las de la instancia, “dadas las particulares circunstancias del caso y el vicio de nulidad estimado”, la Administración debe abonar las costas, fijándose en tres mil (3.000) euros la cantidad máxima que, por todos los conceptos, puede reclamar la demandante en instancia y recurrente en casación.

VIII. Pasajes decisivos

- “[...E]xiste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sobre si constituye una discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la Constitución española) la actuación administrativa que, ante la situación de incapacidad temporal por embarazo de una profesional sanitaria integrada en la bolsa de empleo, a la que correspondería un nombramiento como personal estatutario temporal, posterga la efectividad de dicho nombramiento a la finalización de la situación de baja por incapacidad temporal y del posterior permiso de maternidad, y no reconoce a la trabajadora temporal, respecto a ese periodo de tiempo en que se demoró la efectividad del nombramiento, ningún efecto distinto al mero cómputo como experiencia profesional a efectos de procesos selectivos de esa misma Administración Sanitaria” (ATS, Sección Primera, de 11 de noviembre de 2021; FD 2º de la sentencia).
- "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 [...], 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.” (FD 7º de sentencia de la misma Sección y Sala 803/2008, FD 3º de la sentencia de la misma Sección y Sala 772/2022, de 16 de junio de 2022, FD 5º de la sentencia).

- “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) (FD 7º de la sentencia de la misma sección y sala 803/2008, FD 3º de la sentencia de la misma sección y sala 772/2022, , FD 5º de la sentencia).
- “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) [...] (FD 7º de la sentencia de la misma Sección y Sala 803/2008, FD 3º de la sentencia de la misma Sección y Sala 772/2022, FD 5º de la sentencia).
- 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 actuación empresarial [...] 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 (FD 7º de la sentencia de la misma Sección y Sala 803/2008, FD 3º de la sentencia de la misma Sección y Sala 772/2022, FD 5º de la sentencia).
- "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" (FD 6º de la sentencia de la misma Sección y Sala 803/2008, FD 3º de la sentencia de la misma Sección y Sala 772/2022, FD 5º de la sentencia).
- “Todo lo razonado en nuestra sentencia de 28 de febrero de 2018 debe reiterarse en este caso, donde se niega la aptitud de la mujer embarazada para trabajar y por ello no se le hace el nombramiento a que tenía derecho por el sistema de listas para nombramientos temporales. A ello nos lleva de manera expresa la más reciente sentencia del Tribunal Constitucional 108/2019, de 30 de septiembre de 2019 [...] (FD 3º de la sentencia de la misma Sección y Sala 772/2022, FD 5º de la sentencia).
- “[...N]o se compadece con el principio de igualdad la situación fáctica objeto del proceso y que no se realizó una interpretación y aplicación de las normas 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” (FD 4º).

- “[...L]a respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo debe ser que: resulta contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española no formalizar el contrato de trabajo a una mujer que no se incorpora al puesto de trabajo, ofertado y aceptado, por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, sin que pueda diferirse su contratación al momento en que cause alta si persiste la necesidad que lo motivó cuando por razones temporales no podría llegar a concurrir esa situación” (FD 5º).

- “[...Reiteramos lo ya dicho con anterioridad en el sentido de que resulta contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española no formalizar el contrato de trabajo a una mujer que no se incorpora al puesto de trabajo, ofertado y aceptado, por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, sin que pueda diferirse su contratación al momento en que cause alta si persiste la necesidad que lo motivó cuando por razones temporales no podría llegar a concurrir esa situación” (FD 6º).

- “A la vista de lo argumentado en los razonamientos precedentes procede la estimación del recurso de casación, anular las sentencias aquí impugnadas, es decir tanto la del Juzgado como la dictada en apelación y resolver las cuestiones planteadas en el pleito” (FD 7º).

- “Por ello estimamos el recurso contencioso administrativo y declaramos la nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas en la instancia por ser contrario a Derecho no formalizar la relación laboral de empleo temporal de [...la trabajadora] por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo y diferir la contratación al momento en que causara el alta si persistiera la necesidad que motivó el llamamiento de la bolsa de empleo, a sabiendas de que esa situación no se produciría dentro del periodo de tiempo a que hubiese alcanzado nombramiento temporal indebidamente frustrado” (FD 7º).

- “Se declara también el derecho de la [... trabajadora] a todas las consecuencias administrativas y profesionales derivadas de la anulación de los actos impugnados” (FD 7º).

IX. Comentario

Con el fallo de la sentencia solo se puede estar de acuerdo y celebrarlo por anular decisiones administrativas y judiciales discriminatorias por perjudiciales, y por anular esos perjuicios, para las mujeres trabajadoras en el acceso al empleo temporal y en sus condiciones de trabajo por causa de su embarazo y maternidad.

Pero la sentencia merece un comentario más acabado.

1. Sobre la motivación de la sentencia por remisión a sentencias anteriores de la Sala

La doctrina de la sentencia se enmarca en la interpretación de la Constitución, del Derecho de la Unión Europea, de la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva de mujeres y hombres, y de las Directivas de la Unión Europea sobre el principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Esa interpretación la efectúa la sentencia por remisión a la doctrina de la misma Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo contenida en el FD 7º de la sentencia 803/2018, de 26 de febrero de 2018, y en el FD 3º de la sentencia 772/2022, de 16 de junio de 2022.

La similitud de los casos objeto de los tres procesos permite esa operación de reenvío de la fundamentación de la sentencia comentada a las dos anteriores

mencionadas. La sentencia comentada es una sentencia de aplicación de la doctrina de la propia Sala, que bebe en la doctrina del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional sobre discriminación directa de las mujeres trabajadoras por embarazo y maternidad, que, sin embargo, la sentencia no acaba de asumir en los términos en que esa doctrina está enunciada, con claridad, por ambos tribunales y por el propio Tribunal Supremo en sentencia 803/2018.

Es, desde luego, una necesidad de la sentencia no haber dado una respuesta automática, sino motivada, a la cuestión de interés casacional objetivo a que debía responder. Pero esa motivación por remisión introduce, en su reproducción literal, en ocasiones no claramente deslindada de la doctrina de la STS 772/2022 y de la STS 803/2018, un desorden formal y material en la fundamentación de esta sentencia que hace difícil su lectura. La motivación por remisión podía haber sido mucho más escueta y ordenada.

2. Sobre el desorden formal y material de la fundamentación jurídica de la sentencia

Prueba de ese desorden formal es la numeración de los fundamentos de derecho de la sentencia comentada. Su FD 5º reproduce el FD 3º de la STS 772/2022 -y con éste el FD 7º de la STS 803/2018-. Su siguiente FD, el 4º, reproduce el FD 4º de la STS 772/2022 -y este sólo en parte el FD 6º de la STS 803/2018-. Prosiguen los FFDD 5º -que en parte trae causa del FD 5º de la STS 772/2022, 6º, 7º y 8º. Con lo que la sentencia tiene dos numeraciones correlativas de sus FFDD: del 1 al 5º; para iniciar la segunda numeración en el FD 4º hasta el 8º, con el resultado de existir dos FFDD 4º y dos FFDD 5º.

Además, en sus FFDD 4º y 5º razona, sin necesidad de hacerlo, con la cláusula 11 del "Pacto por el que se regulan los procedimientos de selección de personal temporal y provisión de plazas con carácter temporal en los centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos dependientes del Servicio Extremeño de Salud", suscrito el 17 de enero de 2013, aprobado por resolución de 20 de febrero de 2013, de la Dirección General de Trabajo de la Junta de Extremadura, por la que se dispone su publicación en el Diario Oficial de Extremadura (DOE) de 6 de marzo de 2013, que fue el enjuiciado por la STS 772/2022. La traída al caso del pacto extremeño es sorprendente, alarga excesivamente la fundamentación jurídica de la sentencia, y no aporta nada esencial, por mucho que la sentencia asegure que "guarda similitudes (en uno se garantiza, en otro se garantizará) con el aquí concernido de la Administración Sanitaria Andaluza por lo que lo manifestado respecto al extremeño", en la STS 772/2022, "es extrapolable al andaluz" (FD 5º).

Más importancia tiene aún el desorden en la cita de las sentencias del TJUE, del TC, y de la propia Sala, presente ya en la STS 803/2019. En el FD 5º se citan, en primer lugar, decisiones del TJUE, después de la propia Sala y finalmente del TC. No puede ser un orden jerárquico de la "justicia multinivel" a la vida de la posición del TC, detrás del TS. Sin embargo, induce a dudas y a confusión las referencias al TJUE, adelantadas al TC, para interpretar la Constitución y el Derecho derivado antidiscriminatorio por sexo de la Unión. Nada dice la sentencia de cuestión tan esencial a estas alturas. Ni en ningún momento cita la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, su artículo 21.1, sobre prohibición de discriminación por sexo, ni su relación con la Directiva 2006/54/CE, ni lógicamente, en consecuencia, determina, a efectos de la aplicación de la Carta, que esté aplicando Derecho de la Unión (art. 51.1 de la Carta). Aunque no hubiera tenido dificultad en expresar tal operación, pues aplica la Directiva 2006/54/CE, de la que ya ha quedado señalado que destaca su reconocimiento explícito, ya que el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad biológica constituye discriminación directa por razón de sexo, como se desprende de la jurisprudencia del TJUE [cdo. 23 y art. 4.2.c)].

El Derecho de la Unión, y su interpretación por el Tribunal de Justicia, coincidente con nuestra regulación constitucional, acceden al plano constitucional, en el que el Tribunal Supremo sitúa y resuelve la litis, por la vía del canon hermenéutico cualificado

del artículo 10.2 de nuestra Constitución. Siendo así, la cita de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional debería haber sido la primera. Sin olvidar que la integración en nuestro ordenamiento del Derecho de la Unión deriva de una decisión de la Constitución.

Más aún: tras reproducir en parte los artículos 1, 2 y 14 de la Directiva 2006/54/CE la sentencia alcanza la pintoresca conclusión de que esa "regulación necesariamente nos lleva a estimar plenamente aplicable la citada STC 108/2019, de 30 de septiembre". Dice la STC 108/2019, en sus pasajes reiterados por la sentencia comentada: "La doctrina constitucional ha declarado de forma reiterada y constante que este tipo de discriminación comprende no solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, y por referirnos a la última que lo afirma en esos estrictos términos, STC 2/2017, de 16 de enero, FJ 5), vinculando particularmente con esto último el embarazo y su incidencia en las condiciones de trabajo de la mujer, toda vez que se trata de un elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. En este sentido, se afirma que "la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo" (en el mismo sentido, por ejemplo, STC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 6) (FD 2). Y añade la STC 108/2019, a propósito de la prohibición de discriminación por razón de sexo cuando no ha sido aún formalizada la relación contractual, lo que la sentencia comentada asimismo reitera: "Como señalara la STC 214/2006, de 3 de julio, FJ 3, 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". Asimismo, la STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 3, declaró que no puede sostenerse en modo alguno que "solo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza" discriminatoria, puesto que, de mantenerse la postura anterior, añadía este último pronunciamiento, "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)".

¿La vinculación de los jueces y tribunales a la Constitución, "conforme a la interpretación [...] que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos" (art. 5 LOPJ), depende de la regulación del Derecho de la Unión Europea? Aquella insondable conclusión, que parece querer exponer torpemente la consonancia del Derecho de la Unión con la interpretación de nuestra Constitución por el TC, igualmente cierra el FD 3º de la anterior STS 772/2022. De donde vienen los problemas de confusión conceptual y de falta de precisión jurídico-constitucional de la sentencia

3. Sobre la estimación del recurso de casación, ¿por vulneración del derecho a la igualdad o por vulneración del derecho a no padecer discriminación por sexo, siendo la discriminación por embarazo una discriminación directa por sexo? Y sobre la respuesta de la Sala a la cuestión de interés casacional

El desorden y la confusión de la sentencia comentada por su mecánica aceptación de la doctrina de la STS 772/2022 alcanza su culmen en el derecho fundamental que considera vulnerado, separándose en su contestación de la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia identificada por el auto 11 de noviembre de 2021. En su respuesta a la cuestión de interés casacional la Sala de lo

Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo afirma textualmente: “resulta contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española no formalizar el contrato de trabajo a una mujer que no se incorpora al puesto de trabajo, ofertado y aceptado, por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, sin que pueda diferirse su contratación al momento en que cause alta si persiste la necesidad que lo motivó cuando por razones temporales no podría llegar a concurrir esa situación” (FD 6º).

En el caso de la STS 772/2022, el auto de la Sección Primera de la Sala de 18 de noviembre de 2021 había fijado como cuestión de interés casacional objetivo determinar: “si resulta contrario al principio de igualdad (art. 14 CE) la no formalización del contrato de mujer que no se incorpora a puesto ofertado por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, difiriendo su contratación al momento en que cause alta, si persiste la necesidad que lo motivó”. Es posible que el auto de admisión referido se dejase llevar por el título de las directivas antidiscriminatorias, que identifican su contenido, en sus rúbricas, con los principios de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, cuya consecución exigen la eliminación de todo tipo de discriminación. La STS 772/2022 respondió que resultaba “contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española no formalizar el contrato de trabajo a una mujer que no se incorpora al puesto de trabajo, ofertado y aceptado, por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, sin que pueda diferirse su contratación al momento en que cause alta si persiste la necesidad que lo motivó cuando por razones temporales no podría llegar a concurrir esa situación” (FD 5º).

Sin embargo, en el caso de la sentencia comentada, el auto 11 de noviembre de 2021, ya citado y reproducido, había fijado la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, con toda corrección y precisión jurídico-constitucional, en determinar “si *constituye una discriminación por razón de sexo* (artículo 14 de la Constitución española) la actuación administrativa que, ante la situación de incapacidad temporal por embarazo de una profesional sanitaria integrada en la bolsa de empleo, a la que correspondería un nombramiento como personal estatutario temporal, posterga la efectividad de dicho nombramiento a la finalización de la situación de baja por incapacidad temporal y del posterior permiso de maternidad, y no reconoce a la trabajadora temporal, respecto a ese periodo de tiempo en que se demoró la efectividad del nombramiento, ningún efecto distinto al mero cómputo como experiencia profesional a efectos de procesos selectivos de esa misma Administración Sanitaria” (FD 2º).

La sentencia comentada responde, como la STS 772/2022, al auto de admisión de la Sección Primera de la Sala de 18 de noviembre de 2021, que había desenfocado la cuestión de interés casacional objetivo, situándola equivocadamente en el derecho fundamental a la igualdad normativa, y, como la STS 772/2022, ofrece la misma respuesta equivocada.

No es necesario explicar las diferencias entre ambos derechos fundamentales, a la igualdad ante la ley y el derecho a no sufrir discriminación por causas odiosas que la Constitución ha desautorizado, como el sexo, y que la jurisprudencia constitucional recoge con tanta reiteración que excusa la cita de decisiones concretas; ni la relación con el sexo biológico de la mujer de su embarazo, que ha conducido, en las distintas jurisprudencias y normas legales antidiscriminatorias, a caracterizar los tratamientos menos favorables o peyorativos por embarazo y maternidad como discriminaciones directas por razón de sexo.

No obstante, el lenguaje discriminatorio recorre la sentencia objeto de este comentario, que se refiere en treinta y seis ocasiones a la discriminación; su discriminación es el objeto de la denuncia de la trabajadora desde su recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Málaga hasta su recurso de casación.

Por su parte, en sus últimas palabras, la contestación de la Sala a la cuestión de interés casacional planteada por el auto de 11 de noviembre de 2021 enlaza la vulneración del derecho a la igualdad con la imposibilidad del alta de la trabajadora por la terminación del período temporal de su llamamiento (“cuando por razones temporales no podría llegar a concurrir esa situación”, la de alta). De nuevo, se trata de una copia literal de la respuesta de la STS 772/2022, contenida en su citado FD 5º, pues sabemos que la trabajadora se incorporó antes de la finalización de los períodos de llamamiento. Pero, además, y esto es lo importante, la discriminación directa por sexo se produce por la falta de nombramiento de la trabajadora en situación de incapacidad temporal por embarazo, por la duración de la falta de efectividad del nombramiento, sea coincidente con la del llamamiento, o sea inferior.

La sentencia acusa los riesgos, muy notables, de copiar sentencias anteriores sin advertir las diferencias de hechos o de los términos en que se ha producido la admisión de los recursos de casación y la fijación del interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.

X. Apunte final

Finalmente, es obligado valorar la regulación del punto IV.11.5 del texto refundido del Pacto de la Mesa Sectorial de Sanidad, suscrito entre la Administración y las organizaciones sindicales, sobre el sistema de selección de personal estatutario temporal para puestos básicos en el Servicio Andaluz de Salud (SAS), aprobado y publicado por resolución de 21 de junio de 2010, de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional del SAS, que analiza con mayor detenimiento, y comparativamente con la versión anterior, la sentencia de apelación, de 10 de septiembre de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga (FD 2º).

Es evidente que sus negociadores no la consideraron discriminatoria para las mujeres embarazadas, pese a que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional venía calificando de discriminatorias las desventajas infligidas a las mujeres en su trabajo por causa de su embarazo y maternidad (SSTC 66/2014, 162/2016, 2/2017, 108/2019). La doctrina de esas sentencias debería haber puesto sobre aviso a los negociadores de estos pactos de la mesa sectorial de sanidad. Constituyen, por ello, tales pactos un expresivo ejemplo de la lentitud de los avances de la interdicción de todo tipo de discriminaciones de las mujeres, y de las más visibles por su directa relación con su maternidad biológica, sin desproteger otras formas de maternidad, hacia la igualdad real. Hacen real la tesis, que no deja excesivo espacio al optimismo, de que las discriminaciones son percibidas por quienes las padecen. La misma regulación se contiene en el artículo 33. 5 y 6 del Pacto de Mesa Sectorial de Sanidad, suscrito entre la Administración Sanitaria de Andalucía-SAS y las Organizaciones Sindicales SATSE, CCOO UGT, CSIF y FASPI, el 26 de junio de 2017, sobre sistema de selección de personal estatutario temporal para puestos básicos en el Servicio Andaluz de Salud, y aprobado y publicado por Resolución de 22 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Profesionales del Servicio Andaluz de Salud, parcialmente modificado por la Resolución de 30 de octubre de 2018 de la Dirección General de Profesionales del Servicio Andaluz de Salud,. Es esperable y deseable su modificación con prontitud a la vista de esta jurisprudencia, también “directa”, de las SSTS 772 y 1.555/2022.

De otra parte, llama la atención que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa se refieran a estos pactos por la resolución administrativa que los aprueba y publica. El EBEP reconoce el derecho a la negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos como facultad de la capacidad representativa reconocida a las organizaciones sindicales en los artículos 6.3.c); 7.1 y 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (art. 33.1, párrf. 1º), y prevé que, “en el seno de las mesas de negociación correspondientes, los representantes de las Administraciones Públicas concierten pactos y acuerdos con la representación de las organizaciones sindicales legitimadas a tales efectos [representativas], para la determinación de condiciones de trabajo de los funcionarios de dichas Administraciones” (art. 38.1). Los pactos -prosigue el artículo 38.2 del

EBEP- “se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y se aplicarán directamente al personal del ámbito correspondiente”, y, a diferencia de los acuerdos, no precisan de aprobación expresa y formal por los órganos de gobierno de las Administraciones públicas (art. 38.3); tienen fuerza vinculante propia según su configuración legal, sin perjuicio de que hayan de ser remitidos a la Oficina Pública que cada Administración competente determine y de que la Autoridad respectiva ordene su publicación en el Boletín Oficial correspondiente en función de su ámbito territorial (art. 38.6 EBEP).

Son, por tanto, un fenómeno de negociación colectiva, ciertamente no cubierto por el artículo 37.1 de la Constitución (SSTC 57/1982, FJ 12; 2/1998, FJ 3; 224/2000, FJ 8), y que, según el propio Tribunal Constitucional, tampoco son “consecuencia necesaria” del derecho fundamental de libertad sindical del artículo 28.1 de la Constitución (STC 80/2000, FJ 6). Se integran por la acción del legislador -de la LOLS y del EBEP-, a quien corresponde fijar las “peculiaridades” del ejercicio del derecho de libre sindicación de los funcionarios públicos (art. 28.1 CE), en el contenido adicional del derecho de libertad sindical, sujetos a la libertad de configuración del legislador (SSTC 85/2001, FJ 5; y 222/2005, FJ 3).

Es sabido que parte de la doctrina laboralista es crítica con esta interpretación constitucional, que incurre en la contradicción lógica de que el derecho a la negociación colectiva sea contenido esencial del derecho de libertad sindical de los sindicatos, y la negociación colectiva “no laboralizada” no lo integre en el caso del derecho de libertad sindical de los sindicatos de funcionarios públicos, reconocido por el artículo 28.1 de la Constitución. Con independencia de ello, que nos llevaría lejos, pactos como el aplicado en este caso por los órganos judiciales, aplicación que el Tribunal Supremo anula, tienen esa naturaleza jurídica y son expresión del peculiar derecho de negociación colectiva de los sindicatos de funcionarios públicos.

Referencias:

1. [^ ECLI:ES:TS:2021:14725A](#)
2. [^ Procedimiento abreviado nº 173/2017.](#)
3. [^ Recurso de apelación nº. 1087/2019. ECLI:ES:TSJAND:2020:21603](#)
4. [^ ECLI:ES:TS:2022:2454](#)
5. [^ El auto de la Sección Primera de la Sala de 18 de noviembre de 2021 había fijado, en aquel caso, como cuestión de interés casacional objetivo si resultaba “contrario al principio de igualdad \(art. 14 CE\) la no formalización del contrato de mujer que no se incorpora a puesto ofertado por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, difiriendo su contratación al momento en que cause alta, si persiste la necesidad que lo motivó”.](#)
6. [^ Recurso de casación núm. 1306/2017, ECLI:ES:TS:2018:803](#)
7. [^ Recurso de casación nº 4371/2012.](#)