

Resulta discriminatorio la no formalización del contrato de una mujer que no se incorpora al puesto de trabajo ofertado y aceptado como personal estatutario temporal, por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo

El TS anula, por discriminación por razón de sexo, la resolución del Gerente del Área de Salud de Cáceres que denegó la solicitud de la recurrente de dejar sin efecto la anulación de su llamamiento como personal estatutario temporal, porque en la fecha de la prestación de servicios se encontraba de baja temporal derivada de embarazo, no habiéndose, por tanto, formalizado el contrato.

Tal y como tiene establecido el TC no cabe duda de que la discriminación por razón de sexo puede ocasionarse con carácter previo a la formalización del contrato de trabajo, de suerte que la afectada está amparada por el art. 14 de la CE. Por otro lado, esta Sala tiene establecido que, en situaciones como la de la recurrente, deben ofrecerse las medidas alternativas razonables a la situación específica de la trabajadora, por circunstancias derivadas de la maternidad, que impidan o neutralicen una posible vulneración del citado precepto. Concluye que cabe establecer que resulta contrario al principio de igualdad 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.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 4

Fecha: 16/06/2022

Nº de Recurso: 6021/2021

Nº de Resolución: 772/2022

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

Ponente: ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso

SENTENCIA

Madrid, a 16 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 6021/2021, interpuesto por la procuradora de los Tribunales doña Petra María Aranda Téllez, en nombre y representación de doña Candelaria , y defendida por el letrado don Raúl Tardío López contra la sentencia de 29 de julio de 2021, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en el recurso de apelación núm. 138/2021, interpuesto, a su vez, contra la sentencia de 26 de mayo de

2021, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Badajoz, en el procedimiento para la protección de derechos fundamentales nº 173/2020, frente a la resolución tácita por silencio administrativo de la Dirección Gerencia del Servicio Extremeño de Salud, en virtud de la cual se desestimaba el recurso interpuesto contra la resolución de fecha 22 de julio de 2020 del Gerente del Área de Salud de Cáceres, que denegó su solicitud de dejar sin efecto la anulación del nombramiento como personal estatutario temporal que la demandante aceptó en fecha 23 de junio de 2020 para trabajar en el Hospital de Cáceres.

Se ha personado, como parte recurrida, la procuradora de los Tribunales doña Aurora Gómez Villaboa Mandri, en nombre y representación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, defendido por la letrada de sus servicios jurídicos.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de Badajoz ha dictado sentencia de fecha 26 de mayo de 2021 en el procedimiento para la protección de derechos fundamentales 173/2020, interpuesto por doña Candelaria contra la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

En concreto, el Juzgado citado dispuso:

"Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto en nombre y representación de D a Candelaria , contra la resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Extremeño de Salud, en virtud de la cual se desestimaba el recurso interpuesto contra la resolución de fecha 22 de julio de 2020 del Gerente del Área de Salud de Cáceres que denegó la solicitud de dejar sin efecto la anulación del nombramiento como personal estatutario temporal que la demandante aceptó en fecha 23 de junio de 2020 para trabajar en el Hospital de Cáceres, debo declarar y declaro la conformidad a derecho de dicha resolución, con los efectos a ello inherentes, no apreciándose vulneración de derechos fundamentales. Todo ello sin realizar pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas causadas en esta instancia."

SEGUNDO.- Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura se siguió el recurso de apelación núm. 138/2021, interpuesto por doña Candelaria , contra la citada sentencia de fecha 26 de mayo de 2021.

En el citado recurso de apelación, se dictó sentencia el día 29 de julio de 2021, cuyo fallo es el siguiente:

"DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el Abogado D. Raúl Tardío López, en nombre y representación de Dª Candelaria , contra la Sentencia nº 69/2021 de 26 de mayo del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo. nº 2 de Badajoz y en su virtud la debemos confirmar y confirmamos por ser acorde a Derecho, y todo ello con expresa condena en cuanto a las costas causadas en esta segunda instancia para la apelante".

TERCERO.- Contra esta sentencia fue preparado recurso de casación por doña Candelaria y la Sala territorial lo tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos y el expediente administrativo a este Tribunal, ante el que la parte recurrente interpuso el citado recurso de casación.

CUARTO.- Mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de fecha 18 de noviembre de 2021, se acordó admitir a trámite el recurso de casación preparado por doña Candelaria acordando:

" Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de doña Candelaria contra la sentencia de 29 de julio de 2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (sede Cáceres), dictada en el recurso de apelación núm 138/2021.

Segundo.- Precisar que la cuestión respecto la que se entiende, que existe interés casacional objetivo es, 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.

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, ha de ser objeto de interpretación los artículos 10, 14, 23.2 de la Constitución española; los artículos 6.1 y 8 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; los artículos 2.1, 2.3 y 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero, 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 de profesionales, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA."

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 30 de diciembre de 2021, la parte recurrente solicita que se dicte sentencia "por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida ya referenciada, se estime plenamente nuestro recurso en los términos interesados."

SEXTO.- Conferido trámite de oposición mediante providencia de 2 de febrero de 2022, la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura presentó escrito el día 4 de marzo de 2022 solicitando que se dicte sentencia "y tras los trámites legalmente pertinentes, dicte otra por la que, con desestimación de dicho Recurso, se confirme la resolución recurrida."

Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito el día 25 de febrero de 2022 diciendo que "PROCEDE ESTIMAR, en los términos ya expresados, el presente recurso de casación. Con imposición de las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, ex. art. 93.4 de la Ley Jurisdiccional"

SÉPTIMO.- Mediante providencia de fecha 22 de abril de 2022, se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el día 14 de junio de 2022, fecha en la que tuvieron lugar. Entregada la sentencia por el magistrado ponente el día 15 de junio de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de doña Candelaria ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada el 29 de julio de 2021 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el recurso de apelación núm. 138/2021, sentencia que confirmaba la dictada el 26 de mayo de 2021 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Badajoz en el procedimiento para la protección de derechos fundamentales núm. 173/2020, y que confirmaba las resoluciones administrativas impugnadas.

A) Los hechos que integraban esos procesos se resumen de esta manera:

1º) La recurrente es Técnico Especialista de Radiodiagnóstico y formaba parte de la bolsa de trabajo de que dispone el Servicio Extremeño de Salud para la selección de personal temporal en esa concreta categoría profesional.

2º) El 23 de junio de 2020 acepta la oferta de nombramiento temporal para trabajar en el HOSPITAL000 de Cáceres desde el 2 de julio al 30 de septiembre de 2020. Cuando aceptó la oferta realizada por teléfono, se encontraba embarazada de 33 semanas.

3º) El 2 de julio de 2020, fecha de inicio de la prestación de servicios, no se incorporó al puesto y causó baja por incapacidad temporal. El Servicio Extremeño de Salud dejó sin efecto la oferta de trabajo y anuló el llamamiento.

4º) La Sra. Candelaria presentó solicitud para que fuese dejada sin efecto la anulación de su llamamiento, lo que fue denegado por resolución del Gerente del Área de Salud de Cáceres de 22 de julio de 2020, decisión confirmada en alzada por silencio administrativo.

B) La sentencia de instancia y la de apelación, que es la que aquí se impugna parten de negar la aplicación de la sentencia de esta Sala y Sección de 26 de febrero de 2018, recaída en el recurso de casación núm. 1306/2017, afirmando "que son casos en los que ya se había producido la contratación y después se procedió a anular la misma por el embarazo de la correspondiente recurrente. En cambio, en el supuesto enjuiciado en este procedimiento, nos encontramos con que la contratación no se materializó, ya que la apelante se dio de baja el mismo día en el que iba a tomar posesión del puesto ofertado, por lo que no se llegó a producir el nombramiento, como bien se sostiene en la Sentencia apelada".

la Sala de Cáceres llega a la desestimación del recurso partiendo del contenido del punto 11.8 del Pacto publicado mediante resolución de 20 de febrero de 2013 de la Dirección General de Trabajo, 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 (DOE de 6 de marzo), afirmando que: "Como puede observarse en la norma transcrita, existe un tratamiento favorable a las mujeres que se encuentran de baja por incapacidad temporal derivada del embarazo, así como por la posterior maternidad, en cuanto que sería dada de alta y tomaría posesión del correspondiente puesto cuando finalizara dicha situación. Sin embargo, en el caso en el que nos encontramos, teniendo en cuenta que, una vez cesara la apelante en su situación de baja, no sería necesario que cubriera el correspondiente puesto, carece de sentido que se procediera al nombramiento. Este extremo no ha sido discutido por las partes y se ha motivado en todo momento por la Administración demandada, lo que justifica que se dictara la correspondiente Resolución que dejara sin efecto el llamamiento de la actora, que nunca fue nombrada para el puesto al no tomar posesión del mismo.

Como bien señala la Sentencia apelada, diferente hubiera sido el caso de que, una vez nombrada, se la cesara por razón de la incapacidad temporal producida por el embarazo, ya que entonces habría que discernir si existe discriminación por razón de sexo. Sin embargo, el nombramiento nunca se produjo y no son admisibles las alegaciones de la recurrente de que se está produciendo discriminación indirecta por razón de sexo en el acceso y que no es necesario que exista la relación laboral. Ello es así porque no se le impide acceder al puesto, sino que su nombramiento tendría lugar cuando cesara su baja, pero en este caso no sería posible porque habría transcurrido el plazo para el que iba a producirse dicho nombramiento. Ello no obsta para que sea llamada, cuando le corresponda, para otro puesto y pueda tomar posesión del mismo al cesar la baja."

SEGUNDO.- El recurso preparado por doña Candelaria fue admitido a trámite por auto de la Sección Primera de esta Sala de 18 de noviembre de 2021, que fijó 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."

Además, identificó como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación los artículos 10, 14, 23.2 de la Constitución; los artículos 6.1 y 8 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; los artículos 2.1, 2.3 y 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero, 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 de profesionales, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

TERCERO.- Tal y como se advierte en el escrito de interposición esta Sala y Sección ha dictado la sentencia de 26 de febrero de 2018 (ROJ: STS 803/2018 - ECLI:ES:TS:2018:803), recaída en el recurso de casación núm. 1306/2017, empleando argumentos que son trasladables al presente caso y que, junto a lo que añadiremos, permiten llegar a la estimación del recurso de casación ya que, en definitiva, en ambos nos encontramos ante situaciones en las que a mujeres embarazadas se les niega la incorporación efectiva a puestos de trabajo para los que han sido llamadas en razón de estar incluidas en las bolsas de trabajo constituidas para realizar llamamientos temporales, que han manifestado expresamente su aceptación del llamamiento. La diferencia radica exclusivamente en que, mientras en el primer caso se le niega aptitud para trabajar cuando ya había formalizado la relación laboral y por eso se le deniega el alta en la seguridad social, en el caso que integra este proceso se le niega la misma aptitud para trabajar y por ello no se le hace el nombramiento a que tenía derecho por el sistema de listas para nombramiento temporales, pero en ambos casos la decisión administrativa es consecuencia de estar en situación incapacidad laboral por causa de embarazo.

Es cierto que en esa sentencia se analizaban los hechos para fijar la interpretación del artículo 134 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y del artículo 7 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero. Pero no cabe duda de que en ella se analiza la problemática antes expuesta sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Constitucional, y de este Tribunal Supremo, nacida en aplicación de los artículos 10.1, 14, 23.2 de la Constitución Española, los artículos 6.1 y 8 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y los artículos 2.1, 2.3 y 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero, 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 de profesionales.

Así, en el fundamento de Derecho séptimo decíamos:

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

trabajo vinculada a dicho estado impide, durante el período de su embarazo, que ocupe desde el primer momento dicho puesto".

La sentencia anterior se enmarca en la línea seguida por el TJUE al interpretar la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, ya derogada. De la que son también exponentes las siguientes sentencias.

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

Se considera que "dado que la Directiva 76/207 aspira a una igualdad material y no formal, las disposiciones de los artículos 2, apartados 1 y 3 , y 3 de dicha Directiva deben interpretarse en el sentido de que prohíben cualquier discriminación de una trabajadora debida a un permiso de maternidad o relativa a dicho permiso, cuya finalidad es proteger a la mujer embarazada, sin que proceda tener en cuenta si esa discriminación afecta a una relación laboral existente o a una nueva" (STJUE de 16 de febrero de 2006, C-294/2004, asunto *Sarkatzis*).

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

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

En fin, también el Tribunal Constitucional cuando se pronuncia sobre la cláusula de no discriminación por razón de sexo del artículo 14 de la CE, en lo relativo a la situación de riesgo por embarazo, concretamente en la STC 2/2017, de 16 de enero , declara que "La falta de comunicación por parte del empresario a la trabajadora de baja para ejercitar o no su derecho de preferencia al tiempo de haberse suscitado la nueva necesidad empresarial, obviándola como trabajadora a tiempo parcial de la empresa que era, así como la negativa a reconocerle dicho derecho a su reincorporación, por haberse cubierto la necesidad tras la contratación de una persona externa, provocó como efecto peyorativo que la demandante perdiera su oportunidad de poder ejercitar aquel derecho preferencial de incrementar su jornada laboral semanal y su traslado a otro centro, como así lo había pretendido al haberlo solicitado después de su reincorporación a la actividad laboral. (...) Procede, pues, declarar

que la conducta empresarial vulneró el derecho de la demandante de amparo a no sufrir discriminación por razón de sexo. La actuación empresarial así enjuiciada ocasionó una discriminación directa por razón de sexo resultando la trabajadora perjudicada por su condición de mujer, tras la baja por embarazo y maternidad, al habersele impedido el ejercicio de un derecho preferente de opción a modificar sus condiciones laborales que le reconocía el convenio colectivo aplicable al ramo de su actividad laboral, colocándola en una clara desventaja como mujer trabajadora con el resto de sus compañeros, lo que, en definitiva, contraviene el derecho fundamental reconocido en el art. 14 CE."

Y con referencia en esta doctrina sobre el principio de igualdad afirmábamos 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."

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, dictada en el recurso de amparo 2925/2018. Interesa destacar lo siguiente:

1º.- En su fundamento de Derecho segundo, dice que "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)."

2º.- En su fundamento de Derecho cuarto, al exponer los factores que concurren singularmente en el caso, comienza por analizar: "a) La prohibición de discriminación por razón de sexo cuando no ha sido aún formalizada la relación contractual" , y, en ese concreto ámbito, afirma : "Uno de esos elementos radica en que la controversia se localice en el estadio del acceso al empleo, en concreto en los momentos anteriores a la formalización de la relación contractual. Sin necesidad de abordar la cuestión a fondo, bastará recordar la doctrina constitucional en la materia. 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)".

En suma, no cabe dudar de que la discriminación por razón de sexo puede ocasionarse con carácter previo a la formalización del contrato de trabajo, de suerte que la afectada estará amparada por el art. 14 CE en ese estadio con la prohibición de discriminación directa o indirecta garantizada por su contenido esencial.

La pretensión de la ahora recurrente, entonces, no podría decaer por la no articulación jurídica previa de la relación contractual, ya que el art. 14 CE, en su tutela antidiscriminatoria, gobierna también esa fase del curso laboral y sus formalizaciones jurídicas."

Finamente, también es necesario poner de relieve que, con efectos de 15 de agosto de 2009, fue derogada la Directiva 76/207/CE, de 9 de febrero, ello de conformidad con el artículo 34 de 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. La regulación que contiene esta última Directiva parte, en lo que ahora nos afecta, de afirmar "(23) De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo. Dicho trato debe por lo tanto figurar expresamente en la presente Directiva."

A tal efecto, contiene las siguientes previsiones: (i) el artículo 1, que lleva por título "Finalidad", es del siguiente tenor: "La presente Directiva tiene por objeto garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. A tal fin, contiene disposiciones destinadas a aplicar el principio de igualdad de trato en lo que se refiere a: a) el acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional; [...]" . (ii) El artículo 2 dispone que "A efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) "discriminación directa": la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable; b) "discriminación indirecta": la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios." . (iii) El artículo 14 de la misma Directiva, que lleva por título "Prohibición de discriminación", dispone : "1. No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción; [...]" . Pues bien, esta regulación necesariamente nos lleva a estimar plenamente aplicable la citada STC 108/2019, de 30 de septiembre.

CUARTO.- Con base en todo lo expuesto tenemos que concluir que no 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.

Y a ello no puede oponerse con éxito el contenido de la resolución de 20 de febrero de 2013, de la Dirección General de Trabajo de las Junta de Extremadura, por la que se dispone la publicación 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, que aparece publicada en el Diario Oficial de Extremadura (DOE) de 6 de marzo de 2013. Este pacto contempla en su cláusula 11, que es la que regula la gestión de las bolsas de trabajo, que: "8. El aspirante inscrito en Bolsa de Trabajo que se encuentre en situación de disponible y en el momento de corresponderle un nombramiento temporal se encuentre disfrutando del permiso por maternidad o paternidad

o de la prestación por riesgo durante el embarazo o lactancia natural, le será ofertado dicho nombramiento y, si es aceptado, se garantizará el mismo, a efectos de cómputo de la experiencia profesional, pero el aspirante 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 [...].

A su vez, a aquellas mujeres que se encuentren en situación de incapacidad temporal, siendo la causa de ésta la gestación y que así lo hayan comunicado voluntariamente a la Gerencia de Área, les será ofertado un nombramiento 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."

Efectivamente, como dijimos en la sentencia ya citada de 26 de febrero de 2018, "cabe resaltar cómo el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, establece que "la igualdad de trato y oportunidad entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas". De este modo, deben ofrecerse las medidas alternativas razonables a la situación específica de la trabajadora, por circunstancias derivadas de la maternidad, que impidan o neutralicen una posible vulneración del principio de no discriminación del artículo 14 de la CE.". Este deber de garantizar la no discriminación y la necesidad de adoptar medidas tuitivas es también desarrollado en el fundamento de Derecho cuarto de la ya citada STC 108/2109, de 30 de septiembre.

Y, en contra de lo sostenido por las sentencias de instancia y apelación y de lo que afirma la Administración en su escrito de oposición, no puede aceptarse que la Administración haya garantizado, con fórmulas tuitivas y flexibles, la no discriminación de la mujer en conexión con el deber de garantizar la protección de la maternidad, como factor biológico tutelado. No es posible admitirlo con la mera aplicación de esa resolución de 20 de febrero de 2013, pues lo cierto es que la medida alternativa prevista nunca fue aplicada y, además, no permite el logro de esa finalidad en este caso puesto que, en realidad, es la que determina la no contratación por razón de embarazo ante la evidencia, reconocida por la Administración para no formalizar la contratación, de que no podría incorporarse a tiempo al puesto que debería desempeñar los meses de julio, agosto y septiembre de 2020.

QUINTO.- Trasladando a nuestro caso la anterior argumentación y la doctrina jurisprudencial, la 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.

SEXTO.- En aplicación del artículo 93.1 de la LJCA procede la estimación del recurso de casación, anular la sentencia aquí impugnada y analizar las cuestiones planteadas en el pleito.

Procede, por ello, la estimación del recurso de apelación con anulación de la sentencia de instancia y estimar el recurso contencioso administrativo y declarar la nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas en la instancia por ser contrario a Derecho no formalizar la relación laboral de empleo temporal de doña Candelaria 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. Se declara también el derecho de la Sra. Candelaria a todas las consecuencias administrativas y profesionales derivadas de la anulación de los actos impugnados.

SÉPTIMO.- En aplicación de los artículos 139.3 y 93.4 de la Ley jurisdiccional 29/1998, la sentencia 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.

Por ello, en este recurso de casación cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad; y, en cuanto a las de la instancia, dadas las particulares circunstancias del caso y el vicio de nulidad estimado, las costas serán abonadas por la Administración, fijándose en tres mil (3.000) euros la cantidad máxima que, por todos los conceptos, puede reclamar doña Candelaria .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º) ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de dona Candelaria contra la sentencia dictada el 29 de julio de 2021 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el recurso de apelación núm. 138/2021, sentencia que ANULAMOS.

2º) ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por esa parte contra la sentencia dictada el 26 de mayo de 2021 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Badajoz en el procedimiento para la protección de derechos fundamentales núm. 173/2020, sentencia que ANULAMOS.

3º) ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la misma parte contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de 22 de julio de 2020 del Gerente del Área de Salud de Cáceres, que denegó la solicitud de dejar sin efecto la anulación del nombramiento como personal estatutario temporal que la demandante aceptó el 23 de junio de 2020 para trabajar en el Hospital de Cáceres, resoluciones que ANULAMOS, declarando el derecho de la Sra. Candelaria a todas las consecuencias administrativas y profesionales derivadas de la anulación de los actos impugnados.

4º) HACER imposición de las costas en los términos fijados en el último de los fundamentos de Derecho de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.