ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SECCION 1ª

Presidente/a Ilmo. Sr. D.

SENTENCIA DE APELACIÓN

Número: 126/2014
Rollo de* APELACIÓN *Nº: 53/2014
Fecha : 23/05/2014

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1 DE SORIA-DERECHOS FUNDAMENTALES 382/2013

Ponente
Secretario de Sala:
Escrito por: MIS

Ilmos. Sres.:

En la ciudad de Burgos a veintitrés de mayo de dos mil catorce.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha visto en grado de apelación el presente recurso de Apelación **53/2014** interpuesto por Doña

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

contra la sentencia de fecha veintidós de enero de dos mil catorce dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Soria, por la que se desestima el recurso interpuesto por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, por la ahora apelante, contra la suspensión a ser contratada en la vacante ofertada en la EEI "El Trébol" de Soria, ofrecía el día 26 de agosto de 2012, que aceptó, negándole la plaza el día 28 de agosto de 2013 por estar en situación de baja por maternidad.

A dicho recurso de apelación se ha adherido el Ministerio Fiscal.

Siendo parte apelada la Junta de Castilla y León representada y defendida por el Letrado de la misma, en virtud de la representación que por Ley ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Soria se dictó sentencia de fecha 22 de enero de 2014, por la que se desestima el recurso interpuesto por por el procedimiento de protección de Derechos Fundamentales contra la Suspensión a ser contratada en la vacante ofertada en la EEI "El Trébol" de Soria, ofrecía el día 26 de agosto de 2012, que aceptó, negándole la plaza el día 28 de agosto de 2013 por estar en situación de baja por maternidad.

SEGUNDO.- Por la representación procesal de se interpuso recurso de apelación ante esta Sala, al que se ha adherido el Ministerio fiscal y que tuvo entrada el día 10 de abril de 2014.

Habiéndose dictado providencia de fecha 12 de mayo de 2014 teniendo por parte apelante a y el Ministerio Fiscal y como parte apelada a la Gerencia de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León en Soria, quedando pendiente de votación y fallo para el día **veintidós de mayo de dos mil catorce** que se celebro la misma.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Se acude ante esta Sala en vía de recurso de apelación interesando el recurrente la revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Soria de fecha 22 de enero de 2014, por la que se desestima el recurso interpuesto por por el procedimiento de protección de Derechos Fundamentales contra la Suspensión a ser contratada en la vacante ofertada en la EEI "El Trébol" de Soria, ofrecía el día 26 de agosto de 2012, que aceptó, negándole la plaza el día 28 de agosto de 2013 por estar en situación de baja por maternidad. Y dicha sentencia desestima el recurso, en la consideración como puede leerse en la misma, tras recoger la normativa que resulta de aplicación, de que:

....

Es decir, cuando se hace un llamamiento, si no se atiende se produce la baja en la bolsa, pues dado que según la Ley ha de atenderse a la agilidad en la contratación, ello exige que quien es llamado acuda a la mayor brevedad a desempeñar el puesto cuya vacante ocasiona el llamamiento. Se evita de esta forma que haya quien elija los puestos dejando vacantes aquellos menos apetecibles.

No obstante, la ley prevé casos en los que está justificado no atender al llamamiento, y la maternidad es una de ellas. Ciertamente la baja maternal no supone una discriminación sino antes al contrario, un derecho de toda mujer trabajadora que dispone de unas semanas tras el parto (como regla general) para poder dedicarse a tiempo completo a recuperarse y a la atención constante que exige un recién nacido, lo que se complementa con normativa que protege a la mujer que se encuentra en esa situación de cualquier actuación que le suponga perder su puesto de trabajo o ser perjudicada por el hecho de ser madre.

En este sentido, la norma contenida en el párrafo ocho del art. 4 de la tantas veces citada Orden no puede considerarse discriminatoria dado que precisamente evita que la madre que no puede atender un llamamiento al estar de baja maternal vea perjudicado su puesto en la bolsa. Ciertamente de ser contratada no podría legalmente trabajar, e incluso hay que añadir que de no existir la norma que comentamos sí podrían darse situaciones inaceptables a poderse obligar a una mujer a renunciar a la baja maternal para incorporarse al trabajo antes de hora. Ciertamente la maternidad no es una enfermedad, por eso junto a la enfermedad (que impide igualmente al estar de baja acudir al puesto de trabajo) figura la maternidad y la adopción, ésta legalmente incorporada a los efectos de la baja maternal.

TERCERO.- En este sentido, no se discute que la actora estaba de baja maternal cuando se le llama, por lo que no podía desempeñar el trabajo. Se alega por la demandante que ello supone una discriminación al amparo del art. 14 CE y arts. 5 y 8 de la LO 3/2007, que dicen lo siguiente:

Artículo 5 Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo

El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

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.

Es el art. 8 el que resulta directamente aplicable. La STSJ Baleares, Sala de lo Social, de 25 de marzo de 2013 (re. 486/2012), analiza un supuesto de falta de contratación motivado por el embarazo de la actora. Pero el embarazo no impide trabajar, por lo que en ese caso sí es clara la discriminación, cosa distinta es el caso de estar de baja maternal, situación en la que legalmente no se puede trabajar y que como he apuntado antes, constituye una norma en beneficio de las madres trabajadoras.

Por ello, considero que no se ha producido ninguna discriminación a la demandante, pues no podía trabajar al estar de baja maternal, por lo que se le aplicó la norma según la cual dicha situación no le produjo un perjuicio, y ello por dos razones. La primera, porque mal se le va a perjudicar negándole un contrato que legalmente no podía cumplir por estar de baja maternal. La segunda, porque no se le penaliza expulsándola de la bolsa al estar de baja maternal.

Y frente a dichas conclusiones, por la parte recurrente, ahora apelante, se sostiene por el contrario, que dado el razonamiento esgrimido por el Juzgador a quo, según consta en el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia impugnada, la cuestión controvertida objeto de este procedimiento viene determinada por la existencia de la vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo, al no ser contratada en la plaza de Técnico de Jardín de Infancia en la Escuela Infantil "El Trebol" de la Gerencia de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León, por encontrarse en situación de baja por maternidad y dicha situación vulnera el artículo 14 de la Constitución Española en relación al derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, ya 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, la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo.

La recurrente no puede ser tenida como "incapacidad laboral", ni ser suspendida su contratación en la Guardería "El Trebol", ya que su actuación del organismo ha carecido de cobertura jurídica, resultando ilegal y lesionado el derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución Española, sin que se este de acuerdo con el que la Administración ha actuado de buena fe al celebrar un contrato en fecha 26 de noviembre de 2013, lo que no es objeto de este procedimiento y que la recurrente ha hecho un uso abusivo de la bolsa.

El objeto del presente procedimiento, es que la contratación no se ha llevado a cabo en fecha 26 de agosto de 2013, ya que la Administración demandada está obligada a promover para que las condiciones para que la libertad y la igualdad de la recurrente sea real y efectiva y debe eliminar los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de tales derechos (artículo 9.2 C.E).

Por lo que en este supuesto, se debe garantizar el derecho a la formalización del contrato de trabajo ofertado a la recurrente, aún disfrutando del permiso de maternidad.

Se invoca la doctrina establecida de forma reiterada por el Tribunal Constitucional en relación al principio de no discriminación por razón de sexo, sentencia 17/2003, de 30 de enero y las demás que se citan en el recurso de apelación, de las que resultan que la recurrente se halla en situación de permiso de maternidad, en la suscripción del contrato de trabajo en la Guardería "El Trebol" de la Junta de Castilla y León, no debe ser negado, puesto que dicha decisión le ha supuesto a la recurrente la pérdida definitiva de un puesto de trabajo que se ofertó durante su tiempo de baja por maternidad, impidiéndole la obtención de la citada plaza.

La conducta de la Gerencia de Servicios Sociales vulnera de modo flagrante la normativa reguladora y en concreto se citan los artículos 5 y 8 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, ya que la sentencia de instancia está equiparando la situación de incapacidad laboral, con la situación de descanso maternal, situaciones claramente diferenciadas en el Estatuto de los Trabajadores y en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Y que los tratos desfavorables en el trabajo, basados en el embarazo o en la maternidad, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el artículo 14 de la Constitución Española.

En el presente supuesto, ha sido la situación de maternidad de la recurrente y por lo tanto, un factor directamente relacionado con sexo, el que ha determinado la no formalización del contrato de trabajo como Técnico de Jardín de Infancia en la Guardería "El Trebol"

Y no se puede argumentar, que no hubo negativa, si no imposibilidad material, ya que lo que se produjo fue una negativa a ocupar la plaza ofertada por parte de la Administración por encontrarse en la situación de permiso por maternidad, ello se corrobora con que el propio juez a quo, diga que puede acceder a otra plaza, cuando cese esa situación, no hace más que corroborar que existe una vulneración clara en relación con el sexo desfavorable a la mujer que se encuentra en situación de maternidad.

La maternidad no puede constituir en modo alguno obstáculo para el acceso al mercado laboral y que la negativa a la contratación de la recurrente, como Técnico de Jardín de Infancia en la Guardería "El Trebol", carece de cualquier justificación razonable, resultando discriminatoria para la actora, por su condición de mujer, con vulneración del artículo 14 de la Constitución Española.

Por todo lo cual se termina solicitando que se dicte sentencia por la que revocando la dictada el 22 de enero de 2014, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Soria, declare no conforme a derecho y declarando la nulidad de la resolución recurrida, y en consecuencia se proceda por la Gerencia de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León a la formalización en la persona de la recurrente el contrato de trabajo ofrecido con fecha 26 de agosto de 2013, que por derecho le correspondía por orden de la bolsa de empleo, como Técnico de Jardín de Infancia, en la Escuela Infantil "El Trebol" perteneciente a la Gerencia de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León.

Por el Ministerio Fiscal El Fiscal, se ha adherido al recurso de apelación e interesado también la revocación de la resolución recurrida por considerar que le negativa a contratar a la recurrente en la plaza de técnico de Jardín de Infancia en la Escuela Infantil "el Trébol" de la Gerencia de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León, por encontrarse en situación de baja por maternidad, vulnera el artículo 14 de la CE, en relación al derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

La Sentencia recurrida, mantiene que dicha negativa es conforme con la legislación vigente, pues los hechos alegados, no pueden considerarse discriminatorios, pues únicamente evitan que la mujer que se encuentra de baja por maternidad y que legalmente no puede trabajar, vea perjudicado su puesto en la bolsa de empleo. Dicha Sentencia, considera que

. se encuentra en situación incompatible con el desempeño de un puesto de trabajo, por lo que no puede pretender ocuparlo, manteniendo no obstante el derecho a poder optar por las vacantes que se produzcan cuando cese esta situación, derechos que no fueron vulnerados por la Administración.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, ha establecido de forma reiterada que la discriminación por razón de sexo, implica cualquier conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la CE, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (artículo 10.1), son tratamientos discriminatorios, "los que se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexióndirecta e inequívoca" (SSTC 182/2005 de 4 de Julio), declarando el Tribunal 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".

Por lo tanto, se considera que pese a estar de acuerdo con la Sentencia recurrida, en el sentido de considerar que sí se han protegido en parte los derechos de la mujer trabajadora de baja por maternidad, también es cierto, que dicha protección no puede significar que se cierre a la recurrente toda posibilidad, ya no de realizar prestación laboral alguna, sino de acceder a la suscripción de un contrato, cuyo desempeño efectivo, tendría lugar cuando hubiera transcurrido el periodo de baja, situación que consideramos perjudicial para la mujer, quien ve perjudicadas sus expectativas profesionales, por razón de su situación de maternidad.

Por lo que se termina interesando que sea dictada una Sentencia conforme a derecho.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

SEGUNDO.- Y frente a estas pretensiones por la Junta de Castilla y León se ha opuesto al recurso de apelación, sosteniendo la conformidad a derecho de la sentencia apelada y ello en consideración de que ha llevado a cabo una valoración jurídicamente irreprochable de las circunstancias concurrentes para alcanzar la conclusión de que no ha existido discriminación en el caso que nos ocupa.

De hecho la cuestión puede plausiblemente reducirse a una controversia semántica y así queda claro que donde la actora invoca una exclusión del contrato por causa de maternidad de la interesada, lo que hay ciertamente es una dilación temporal del llamamiento por causa de una baja que, eventualmente es por maternidad reciente.

Parece evidente que en esta clase de procesos, en los que se ventila la integridad de los derechos fundamentales de las personas, no pueden sustraerse del debate las circunstancias concurrentes, máxime cuando se trata del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución de 1978, en el que las circunstancias lo son todo.

El Juzgador de instancia tiene en cuenta la peculiar naturaleza de las Bolsas de Empleo y su finalidad, la cual no debería quedar desvirtuada por la aplicación errónea del principio de igualdad que suponga, en la práctica, la pérdida de finalidad de este instrumento, que nace al servicio de los principios de mérito y capacidad tanto como al de las necesidades de cobertura de personal que surjan en la Administración y que aquél lleva a cabo una labor de interpretación de la Orden PAT/385/2007, que regula las Bolsas de Empleo, para alcanzar la conclusión de que la regulación de las mismas, que fue la aplicada, no sólo no supone una discriminación contra la mujer recién madre, sino todo lo contrario, respeta sus derechos y ampara la legítima expectativa de la mujer de disfrutar de un periodo de tiempo de descanso tras dar a luz sin que se vean, por tal motivo, restringidas sus facultades o sus expectativas derivadas de la inclusión en la Bolsa de Empleo, ya que la madre que hace uso de sus derechos, como tal, se coloca en una situación legal de imposibilidad de prestar servicios laborales y de percibir una prestación por ellos, lo mismo que quien se coloca en situación de baja por enfermedad, respecto del cual se actúa del mismo modo, sin que por ello se plantee la posibilidad de que el enfermo sea discriminado por razón de su enfermedad.

Y que existen algunas afirmaciones contenidas en el recurso de apelación, que precisan de alguna aclaración y así respecto al contrato de fecha 26 de noviembre de 2013, cuando se cito el mismo, se quiso poner de manifiesto el

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

conjunto global de circunstancias que rodearon la relación de la recurrente, con la Bolsa de Empleo, entre las cuales debe figurar el dato de que aquella, en clara contradicción con su pretensión en este litigio, solicitó la reactivación en la Bolsa, vinculándola con la extinción de la baja y que la consecuencia inmediata fue que resultó contratada al día siguiente.

La buena fe de la Administración se revela, en la medida en que mantuvo una posición coherente y a la postre beneficiosa para la interesada, basada en que no fue la maternidad, sino la baja, lo que obligaba a diferir el llamamiento para hacer posible el funcionamiento de la Bolsa y aplicar las reglas del juego.

Y frente a lo que afirma la demandante de que la decisión le ha supuesto la pérdida definitiva de un puesto de trabajo que se ofertó durante su tiempo de baja por maternidad, impidiéndole la obtención de la citada plaza, en realidad los hechos documentados revelan que ha sido la voluntad de la recurrente, la que ha dado lugar a esa supuesta pérdida, porque si bien no pudo ser llamada durante su baja, sí lo fue, así como contratada, después, siendo la propia actora la que, en el legítimo ejercicio de un derecho que la Ley le reconoce, se excluyó voluntariamente de la prestación laboral.

Por lo que se han respetado todos los principios y derechos fundamentales en las relaciones con la recurrente, por todo lo cual se solicita que se dicte Sentencia confirmando la de instancia.

TERCERO.- Y planteadas así las distintas posturas procesales, hemos de precisar cual es lo que constituye el objeto de apelación y cual es el derecho fundamental invocado en el presente recurso y siendo éste el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón del sexo, hemos de recordar lo que sobre el mismo ha declarado el Tribunal Constitucional así en su sentencia de la Sala 2ª de 3 de julio de 2006, nº214/2006, recurso 5499/2003, de la que fue Ponente y en la que se expresa lo siguiente:

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

constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.

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

Por ello, partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo o en la maternidad , al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE, hemos estimado diversos recursos de amparo relacionados con la materia aquí enjuiciada, en particular en relación con el ejercicio por el empresario de sus potestades organizativas y disciplinarias en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral (entre otras, SSTC 94/1984, de 16 de octubre; 166/1988, de 26 de septiembre; 173/1994, de 7 de junio; 136/1996, de 23 de julio). E igualmente hemos apreciado la vulneración del derecho a la no discriminación en relación con decisiones empresariales en materia de contratación, aun sin encontrarse vigente una relación laboral. Como mantuvimos en la STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 3 ,"no puede sostenerse en modo alguno que sólo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza, y mucho menos cuando esa relación laboral podría haber continuado normalmente, a través de la oportuna prórroga o nueva contratación sucesiva, y ello no se produce a consecuencia del hecho del embarazo sobrevenido de la mujer. De sostenerse la postura anterior, quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el art. 14 CE no cabe dudar (art. 10.2 CE)" (en el mismo sentido STC 175/2005, de 4 de julio, FJ 3).

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

Asimismo, en el ámbito del Derecho comunitario, hemos de referirnos a la Directiva 2002/73/CE, que ha modificado recientemente la anterior Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. En su aplicación, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado que la negativa a contratar a una mujer embarazada constituye una discriminación directa basada en el sexo (STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto 177-1988, Dekker), incluso también cuando el estado de gestación impida ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo (STJCE de 3 de febrero de 2000, asunto 207-1998, Mahlburg).

Dicho lo cual en el presente caso se trata de resolver si el hecho de que la recurrente pese a encontrarse incluida en la bolsa de trabajo, como se encontraba en situación de baja maternal no se procedió a formalizar el contrato de trabajo, aunque se mantuvo a la misma como causa justificativa de suspensión en la citada bolsa de trabajo todo ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 punto 8 de la Orden PAT/385/2007 , tal y como consta en el certificado del Gerente de Servicios Sociales de Soria, al folio 2 del expediente administrativo, debiendo convenir con las conclusiones del Ministerio Fiscal en el sentido de que si bien considerar dicha causa justificativa de suspensión en la bolsa protege en parte los derechos de la mujer trabajadora, también lo es que con esta situación lo que se produce a la postre es que no se formaliza el contrato por la situación de baja por maternidad de la recurrente, por ello como indica el Tribunal Constitucional el hecho que se invoca por la Administración para justificar tal situación, cual es el funcionamiento de la propia bolsa de trabajo no puede legitimar la situación finalmente producida, ya que no tiene valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio, lo que se hubiera evitado como precisa el Ministerio Fiscal, permitiendo la formalización del contrato, cuyo desempeño efectivo se hubiera pospuesto al periodo de baja por maternidad, esta misma conclusión se obtiene de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de diciembre de 2012, que también se refiere a la actuación posterior de la Administración, que no excluye la actuación discriminatoria previa, dictada en el recurso 512/2012, de la que ha sido Ponente , en la que se concluía que:

En fecha 23 de enero de 2012 la GERENCIA TERRITORIAL BARCELONA NORD del ICS resolvió expresamente la solicitud de la Sra Milagros abundando en el motivo por el que no había sido nombrada a pesar de integrar la Bolsa de Trabajo del Departament de Salut. Así, tras reconocer

que el nuevo mombramiento se debería producir en el profesional a quien corresponda por orden de puntuación en la mencionada Bolsa, afirma textualmente que:

" Atès que en el moment en que va finalitzar el nomenament que tenieu suscrit us trobàveu dins el períodde del descans obligatori per maternitat, no podíeu signar un nou nomenament, que comportava una incorporació inmediata al lloc de treball".

En el recurso de apelación interpuesto, el ICS pretende que sean tenidas en cuenta sus actuaciones posteriores a la decisión de no renovar el nombramiento de la Sra Milagros, que se materializaron en un ofrecimiento de reincorporación de fecha 24 de febrero de 2012 (notificado el 27 del mismo mes), y otro de 2 de marzo de 2012 para incorporación a la misma plaza el día 5 de marzo. Pues bien, como certeramente ponen de manifiesto tanto la parte apelada como el Ministerio Fiscal, tales actuaciones, producidas cuando ya había tenido lugar la vulneración del artículo 14CE en su manifestación de prohibición de discriminación por razón de sexo, para nada pueden incidir en la corrección de la Sentencia dictada por la Juez de instancia.

El Tribunal Constitucional ha expuesto en cuanto a la discriminación por razón de sexo en su STC 214/2006, de 3 de julio, que tal tipo de discriminación comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa o inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio; 136/1996, de 23 de julio; 20/2001, de 29 de enero; 41/2002, de 25 de febrero; o 17/2003, de 30 de enero), habiendo recordado que "la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora, ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo" (STC 182/2005, de 4 de julio).

Los intentos del ICS por ofrecer a la Sra Milagros una reincorporación al Equipo de Atención Primaria, cuando la vulneración de su derecho fundamental a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo ya había tenido lugar, y dicho sea de paso, cuando aquella ya había interpuesto el presente recurso contencioso administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la persona, y tal interposición ya había sido comunicada al ICS que compareció en el procedimiento en fecha 20 de febrero de 2012, para nada pueden incidir en la trasgresión ya producida.

Por ello, tales alegaciones, como ya hiciera la Sentencia de instancia, deben ser rechazadas a los efectos del presente recurso de amparo ordinario.

O la sentencia del TSJ de Andalucía Sede de Málaga, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 noviembre 2005, dictada en el recurso 25/2003, de la que fue Ponente , en la que se precisa que:

PRIMERO.- Mediante el recurso de alzada interpuesto en su día, la ahora apelada solicitó a la Administración de la Junta de Andalucía la declaración de nulidad parcial de su nombramiento como funcionaria interina del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria con destino en el Instituto de Enseñanza Secundaria Gerald Brenan de Alhaurín de la Torre, emitido con fecha de 14 de octubre de 1999, y que, según reclamaba aquélla, habría de ser sustituido por otro del día 15 de septiembre anterior, fecha en que obtuvo aquel mismo destino por colocación de efectivos para el Curso 1999/2000, al encontrarse integrada en la Bolsa de Trabajo establecida al efecto.

Según la Administración ahora apelante, frente a lo que en otro caso debiera haber ocurrido, el nombramiento no pudo tomar esta segunda fecha por encontrarse entonces la recurrente en baja maternal desde el día 24 de junio de 1999, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 16º de la Resolución de 15 de mayo de 1997, de la Dirección General de Gestión de Recursos Humanos de la Consejería de Educación y Ciencia, por la que se dictan normas para regular el proceso de colocación por interinidad de los integrantes de las bolsas de trabajo de las distintas especialidades educativas, dicho nombramiento hubo de ser pospuesto hasta el cese del período de maternidad de la recurrente, sin que, según se afirma, esta situación incida sobre sus derechos e intereses al reconocérsele este período, según aquella misma resolución, como tiempo de servicio a efectos de la misma bolsa de trabajo .

La sentencia apelada basó su fallo estimatorio en la vulneración del principio de igualdad - ex artículo 14 CE - en que incurría la resolución administrativa originariamente impugnada por posponer el nombramiento de interinidad en razón de la situación de maternidad de la recurrente, fundamento que el Sr. Letrado de la Junta rechaza en esta alzada al entender que el tratamiento ofrecido a la recurrente no le ha supuesto perjuicio alguno, ya que, según se explica, si desde la perspectiva económica percibió durante el período de baja la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social, desde el punto de vista administrativo, según se ha visto, dicho período le viene reconocido como tiempo de servicio a efectos de mantener su número de orden en la bolsa de trabajo . De esta misma base argumentativa la apelante extrae la falta de interés de la apelada, que, en realidad, estaría ejercitando una pretensión de futuro, insistiéndose asimismo en la improcedencia del nombramiento con anterioridad a la finalización de la baja maternal.

SEGUNDO.- Sin embargo, nada de lo tan detalladamente argumentado por la apelante impide cuestionar el acierto de la decisión alcanzada en la instancia, que, de entrada, se sustenta en la incuestionable consideración como discriminatorio del trato ofrecido a la apelante, en cuanto basado directamente en su situación de maternidad.

El que desde una perspectiva general este diverso trato constituya una situación discriminatoria vulneradora del principio de igualdad lo tiene dicho el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su Sentencia 20/2001, dictada en relación con la terminación anticipada de la misma relación de interinidad funcionarial, declarando que "..el cese de una funcionaria en régimen de interinidad por razón de su embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado sólo puede afectar a las mujeres, haciéndolas de peor condición que a los varones y, por lo tanto, constituye una discriminación basada en el sexo, sin que, como afirmamos en nuestra STC 240/1999, de 20 de diciembre (FJ 6), sea necesario (ni posible) aportar término de comparación..".

Por ello, si la terminación de la relación funcionarial por causas relacionadas con la maternidad debe considerarse discriminatoria, también la posposición o demora del inicio de la relación por tal razón debe recibir dicha calificación.

TERCERO.- La apelante, sin embargo, trata de soslayar esta conclusión afirmando que, en realidad, la resolución recurrida no supone una situación peyorativa para la apelada, a quien se le reconocía el período de maternidad como tiempo de servicio y que, de todas formas, durante la baja maternal percibió la prestación económica de la Seguridad Social, consideraciones que, sin embargo, olvidan precisamente que aquel reconocimiento de méritos se refiere exclusivamente a la bolsa de trabajo en cuestión y no a la existencia misma de la relación de interinidad, que, como bien argumenta la apelada, puede incidir sobre los más variados ámbitos, como, señaladamente, sobre el del reconocimiento de servicios previos en caso de ulterior acceso a la función pública de carrera. Por ello, y frente a lo que indica la representación apelante, la Administración no ha reconocido plenamente la eficacia retroactiva del nombramiento o de la toma de posesión.

Por otro lado, tampoco puede entenderse que con su recurso la actora haya ejercitado pretensiones de futuro, relacionadas con situaciones no reales ni efectivas sino eventuales o posibles, que sólo podría instar cuando en uno u otro supuesto se niegue a su nombramiento eficacia anterior al día en que fue conferido. Por el contrario, la actora trata de obtener la declaración de nulidad de dicho nombramiento, concretamente, en lo que respecta a la fecha en que se dice conferido, pretendiendo que dicha fecha fue anterior en el tiempo y coincidente con el del llamamiento derivado de la bolsa de trabajo, pretensión que, por lo tanto, no puede ser más concreta ni actual (incluso, tal vez, demorada en razón del momento en que se interpuso la alzada administrativa, aunque nada de ello haya indicado la Administración demandada).

Finalmente, la Administración no precisa la razón o norma por la que el nombramiento de la apelada en aquella fecha vendría impedido por su situación de maternidad, situación que si no supone la extinción de la relación una vez iniciada, determinando sólo el surgimiento en su seno derecho al correspondiente permiso funcionarial, tampoco debe suponer la imposibilidad de la iniciación de dicha relación, sin perjuicio, claro está, de la aplicación de la baja maternal desde ese primer momento.

Por lo que la aplicación al presente caso de dicha jurisprudencia, determina que en el presente caso el recurso de apelación deba ser estimado y con revocación de la sentencia de instancia, concluir que la vulneración del derecho fundamental invocado por la recurrente se ha producido, no siendo por tanto conforme a derecho la actuación administrativa impugnada, que resulta por tanto vulneradora del derecho fundamental a la no discriminación por razón del sexo, con todas las consecuencias inherentes a dicha anulación que se determinarán en ejecución de sentencia.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ÚLTIMO.- Que dada la desestimación del recurso de apelación de conformidad con el artículo 139.2 procede hacer expresa imposición de costas a la parte apelante por imperativo legal.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente:

FALLO

Que se estima el recurso de apelación registrado con el numero **53/2014** interpuesto por contra la sentencia de fecha veintidós de enero de dos mil catorce dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Soria, por la que se desestima el recurso interpuesto por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, por la ahora apelante, contra la suspensión a ser contratada en la vacante ofertada en la EEI "El Trébol" de Soria, ofrecía el día 26 de agosto de 2012, que aceptó, negándole la plaza el día 28 de agosto de 2013 por estar en situación de baja por maternidad.

Y en virtud de su estimación se revoca la sentencia de instancia, para dictar otra en su lugar por la que se estima el recurso interpuesto contra dicha actuación administrativa, por haberse vulnerado el derecho fundamental a la no discriminación por razón del sexo y todo ello sin hacer expresa condena en costas, ni de esta instancia, ni de la primera al haberse revocado la sentencia apelada.

Esta sentencia es firme y contra ella no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala al inicio indicados, de todo lo cual, yo el Secretario, doy fe.