



Roj: **STSJ GAL 2184/2019 - ECLI: ES:TSJGAL:2019:2184**

Id Cendoj: **15030330012019100176**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **08/05/2019**

Nº de Recurso: **50/2019**

Nº de Resolución: **244/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **MARIA DOLORES RIVERA FRADE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00244/2019

Ponente: Doña María Dolores Rivera Frade

Recurso de Apelación número 50/2019

Apelante: Doña Raimunda

Apelada: Servizo Galego de Saúde

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la **SENTENCIA**

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Fernando Seoane Pesqueira, presidente

Don Benigno López Gonzalez

Doña María Dolores Rivera Frade

En la ciudad de A Coruña, a 8 de mayo de 2019.

El recurso de apelación 50/2019 de esta Sala, ha sido interpuesto por Doña Raimunda , representada por la procuradora Doña Berta Sobrino Nieto y dirigida por la letrada Doña Francisca Dolores Arias Castro, contra sentencia de fecha 27 de noviembre de 2018 dictada en el procedimiento abreviado 199/2018 por el Juzgado de lo contencioso administrativo número 3 de los de A Coruña , sobre personal. Es parte apelada el Servizo Galego de Saúde, representado y dirigido por el letrado del Sergas.

Es Ponente la Ilma. Sra. Doña María Dolores Rivera Frade.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Desestimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por la letrada d doña Raimunda contra la resolución presunta de la directora xeral de Recursos Humanos del Servicio Galego de Saúde, por la que se entendió desestimado el recurso de alzada que formuló frente a la del titular de la Xerencia de Xestión Integrada de A Coruña de 21.12.17, sobre suspensión de llamamiento producido para cubrir vinculaciones temporales durante su baja maternal. No hago condena en costas ".



SEGUNDO .- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

NO SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida.

PRIMERO .- **Objetodel recurso de apelación, antecedentes de interés, y posturas de las partes:**

Doña Raimunda recurre en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 3 de A Coruña en los autos de procedimiento abreviado número 199/18, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto contra la resolución dictada por la Xerencia de Xestión Integrada de A Coruña, el día 21 de diciembre de 2017, que desestima la solicitud de nulidad de la suspensión de los llamamientos por maternidad, y de reconocimiento de dicho periodo como tiempo trabajado a efectos administrativos.

Como antecedentes de interés a tener en cuenta a la hora de resolver la cuestión litigiosa, diremos que la actora forma parte de las listas de vinculaciones temporales en la categoría de ATS/DUE, y como integrante de estas listas ha venido prestando servicios para el Servicio Galego de Saúde durante los últimos años en el Hospital de A Coruña y en el Hospital Virxe da Xunqueira de Cee, dependientes de la Xerencia de Xestión Integrada de A Coruña, mediante vínculos eventuales de duración inferior al año.

El día 1 de febrero del año 2016 fue llamada para cubrir un puesto en sustitución de su titular con derecho a reserva de plaza, cuyo contrato finalizaba el día 25 de diciembre de 2016. El día 9 de agosto de 2016 presentó una baja médica por embarazo. Posteriormente aportó certificación de maternidad en la que se indicaba como fecha de parto el día NUM000 de ese año. Tras esta comunicación el Sergas la registró en el programa de gestión de llamamientos, dando lugar a la suspensión de llamamientos por maternidad, situación en la que la apelante permaneció desde el día 26 de diciembre de 2016, día siguiente a la finalización del contrato, hasta el día 2 de abril de 2017, fecha de finalización del periodo de baja por maternidad.

Durante el periodo en que permaneció en situación de suspensión de llamamientos, ha podido optar a un llamamiento, para el que fue llamada el día 27 de enero de 2017 para la cobertura de una sustitución de comisión de servicio con duración previsible superior a un año, formalizándose el nombramiento una vez terminada la baja por maternidad.

Durante todo el periodo temporal en el que la actora permaneció en periodo de descanso por maternidad (incluido el comprendido entre el 26 de diciembre de 2016 hasta el 2 de abril de 2017) percibió la prestación correspondiente.

Sin embargo la Administración no le reconoce ese periodo temporal como tiempo trabajado a efectos administrativos, lo que a juicio de la actora supone una discriminación por razón de sexo, y al mismo tiempo por su condición de personal con vínculo eventual, porque si fuera una trabajadora fija el periodo de tiempo en el que permaneció con una baja maternal se le valoraría como de servicios efectivamente prestados.

Es por ello por lo que la pretensión ejercitada en su demanda, y antes en la solicitud de nulidad de la suspensión de llamamientos presentada en vía administrativa, consiste en que se le reconozca aquel periodo temporal (que circunscribe desde el 26 de diciembre de 2016 al 2 de abril de 2017) como tiempo de trabajo a efectos administrativos, debiendo figurar en su hoja de servicios.

La razón en base a la cual la Administración demandada se opuso en la vía administrativa a la pretensión ejercitada, lo es por aplicación del Pacto sobre selección de Personal estatutario temporal del sistema público de salud de Galicia, resolución de 13 de junio de 2016, de la Dirección Xeral de RRHH por la que se dispone la publicación del Pacto suscrito por administración sanitaria con las centrales sindicales CIG, y CESM-OMEGA, CC.OO., UGT y CSF, que en la norma general III.2 establece el orden de llamamientos, indicando una excepción al establecido con carácter general respecto de la suspensión de llamamientos en el supuesto de maternidad, adopción legal y suspensión por riesgo durante el embarazo:

"la persona aspirante será llamada para formalizar nombramientos de previsible larga duración a los cuales tenga derecho según el orden de prelación que tenga la correspondiente lista, solo que el vínculo se formalizará una vez que finalice el periodo que dio lugar a la causa de suspensión, en los términos legalmente previstos".

Y sostiene la Administración demandada en el informe al recurso de alzada, que no se produce la discriminación por razón de sexo, puesto que el Pacto contempla precisamente una discriminación de carácter



positivo, ya que la condición de mujer habilita la reserva del vínculo ofertado a lo largo de la suspensión de llamamientos, y que esta situación es inexistente para los aspirantes del género masculino.

Por su parte, en la sentencia de instancia se desestima el recurso basándose para ello, en síntesis, el juzgador *a quo*, en que la situación de la actora durante la baja maternal se contempla los artículos 169 a 182 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, lo que da lugar a la baja laboral y la percepción de unas prestaciones contempladas en ese texto legal que pueden verse complementadas con otras no necesariamente económicas, y que a este propósito respondieron tanto el punto III.2 como el punto III.4, ambos del Pacto de vinculaciones temporales del año 2016, referido al orden de llamamientos, que establecen como suspensión de los llamamientos la situación de maternidad, paternidad y adopción legal mientras dure, lo que, según el juez de instancia, tiene su lógica, pues el punto II.1 exige que quienes aspiran a una plaza deberán poseer la capacidad funcional necesaria para desempeñar las funciones de que se trate. Y anuda la conformidad a derecho de la suspensión de llamamientos durante el periodo de maternidad, a la falta de disponibilidad real y efectiva para la cobertura de un puesto de trabajo.

SEGUNDO .- Sobre la existencia de discriminación por razón de sexo, derivada de la maternidad. Consideraciones legales y jurisprudenciales:

En el contexto en el que se enmarca la cuestión que se somete a debate en esta litis, conviene tener presentes una serie de consideraciones sobre la normativa y principios que deben de inspirar el tratamiento de situaciones como la que presenta la actora, que se ha visto privada del reconocimiento del periodo en que ha permanecido de baja por maternidad, y por tanto, con suspensión de llamamientos por este motivo, como periodo de servicios prestados a todos los efectos administrativos (antigüedad, mérito en procesos selectivos, etc...).

Comenzando por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, diremos que esta norma recoge el principio de no discriminación por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil; estableciendo en su artículo 3 que:

"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".

Los principios y demás reglas que se contienen en la Ley Orgánica 3/2007 responden al objetivo primordial de conseguir el pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, y en definitiva combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla.

Como se dice en la exposición de motivos de la Ley:

" Esta exigencia se deriva de nuestro ordenamiento constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres, pero es a la vez un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española, que contribuirá al desarrollo económico y al aumento del empleo".

Pero es que el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo que reconoce el artículo 14 de la Constitución española, trasciende a nuestro ordenamiento constitucional, convirtiéndose en *"un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983. En este mismo ámbito procede evocar los avances introducidos por conferencias mundiales monográficas, como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995"*.

Así se recoge en la exposición de motivos de la Ley, evocando igualmente el derecho comunitario (Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la 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; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro; Directivas incorporadas al ordenamiento español en la Ley Orgánica 3/2007.



La mayor novedad de la Ley Orgánica 3/2007 radica, como también se señala en su exposición de motivos, en la prevención de las conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad.

En este marco político, jurídico y social, debemos situar la normativa autonómica gallega, cuya derogada Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres (vigente hasta el 18 de Febrero de 2016), ya disponía en el artículo 3 (El derecho a la maternidad), que:

"La protección de la maternidad es una necesidad social que los poderes públicos gallegos asumen y reconocen políticamente. Siendo la maternidad un bien insustituible, todas las cargas y cuidados que supone, la gravidez, el parto, la crianza, la socialización de los hijos, deben recibir ayuda directa de las instituciones públicas gallegas, a fin de no constituir discriminación gravosa para las mujeres. En este sentido, la Xunta de Galicia aplicará todas sus competencias para conseguir que se materialice, en la práctica, el principio mencionado y la maternidad deje de ser carga exclusiva de las madres y motivo de discriminación para las mujeres".

Actualmente el Decreto Legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad, establece en su artículo 8 (Discriminación por embarazo o maternidad), que:

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

Este precepto coincide con el texto del artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007 .

Pues bien, los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo o en maternidad constituyen una discriminación por razón de sexo, como ya ha declarado el Tribunal Constitucional en la sentencia 214/2006, de 3 de julio de 2006 (recurso 5499/2003), de la que transcribiremos por su interés los siguientes razonamientos:

"La discriminación por razón de sexo 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 (...) 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 (...).

En sentencia anterior del mismo Tribunal, STC 182/2005, de 4 de julio , el Tribunal Constitucional se pronunciaba de la siguiente manera:



"Definidos los perfiles generales de la prohibición constitucional de discriminación, hemos de reiterar a continuación nuestra jurisprudencia sobre la discriminación prohibida específicamente por razón de sexo (art. 14 CE), 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). 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 (STC 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). Por ello, partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, 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 relativos a la materia aquí enjuiciada, incluso respecto de decisiones empresariales ad nutum, como la resolución de la relación laboral en período de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre , y 166/1988, de 26 de septiembre) o la no renovación de un contrato temporal (STC 173/1994, de 7 de junio), y hemos afirmado igualmente que la misma conclusión debe prevalecer ante decisiones causales como el despido, pues la paridad que impone el segundo inciso del art. 14 CE en lo que se refiere a las condiciones de trabajo implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones en el empleo, sin discriminación por razón de sexo (STC 136/1996, de 23 de julio).

De ello se deduce, en relación con la prohibición de discriminación por maternidad, la limitación de las potestades organizativas y disciplinarias del empresario en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, pues es obligado evitar las consecuencias físicas y psíquicas que las medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora, resultando un imperativo constitucional, al mismo tiempo, afianzar los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero , FJ 3). Y, aunque ciertamente el art. 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, sí excluye toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias. 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.

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, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: 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 1976/207/CEE del Consejo después modificada por la Directiva 2002/73/CEE, de 23 de septiembre, 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 STJCE de 30 de abril de 1998, asunto 136-1995, Thibault, que presenta cierta conexión con el presente caso, afirma que el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres no puede dar lugar a un trato desfavorable, ni en lo que atañe a su acceso al empleo, ni en lo que respecta a sus condiciones de trabajo. La Sentencia establece que el principio de no discriminación exige que la trabajadora, que en virtud del contrato de trabajo sigue vinculada al empresario durante su permiso de maternidad, no se vea privada de sus condiciones de trabajo que se aplican tanto a los trabajadores de sexo femenino como a los de sexo masculino y que derivan de dicha relación laboral, y que, en particular, aquel principio impide privarla del derecho a ser objeto de una calificación anual a efectos de una promoción profesional de la que, de no haber estado encinta y de no haber hecho uso del permiso por maternidad al que tenía derecho, habría podido beneficiarse.

(...) 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 (...)."

Y como pronunciamiento más reciente citaremos la STC de 5 de mayo de 2014 (Recurso: 3256/2012), según la cual:



"Conviene también recordar que tal tipo de discriminación "no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, recogiendo la doctrina precedente, SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4 ; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3 ; 17/2007, de 12 de febrero, FJ 3 ; y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6). Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2 ; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4 ; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3 ; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3 ; 98/2003, de 2 de junio, FJ 4 ; 175/2005, de 4 de julio , FJ 3 214/2006, de 3 de julio, FJ 3 ; y 342/2006, de 11 de diciembre , FJ 3). Hemos afirmado así 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)" (SSTC 74/2008, de 23 de junio, FJ 2 , y 92/2008, de 21 de julio , FJ 4)".

TERCERO .- Sobre el no reconocimiento a las trabajadoras interinas (llamadas de las listas de vinculaciones temporales) del periodo de descanso por maternidad como periodo de servicios prestados. Existencia de discriminación por razón de sexo, derivada de la maternidad:

Si trasladamos las anteriores consideraciones al caso objeto de nuestro enjuiciamiento, vemos que la Sra. Raimunda se ha visto privada del reconocimiento del periodo en que ha permanecido de baja por maternidad, o periodo de descanso por maternidad, como periodo de servicios prestados. Y ello constituye, en los términos que se dirá, una discriminación por razón de sexo derivada de la maternidad, al concurrir en este caso las siguientes circunstancias: durante el periodo de suspensión de llamamientos fue llamada para la cobertura de una sustitución de comisión de servicios con duración previsible superior a un año.

Recordemos que el artículo 2.7 de la Directiva 76/207/CE , 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, de conformidad con la redacción de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, establece que:

"un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CE constituirá una discriminación en el sentido de la presente Directiva".

Estos principios también inspiran nuestra normativa nacional y autonómica. Y ello tiene su reflejo en artículos como el 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) de la Ley Orgánica 3/2007, según el cual:

"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".

La garantía del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, y la protección de la maternidad, debe constituir un criterio de actuación de los Poderes Públicos. Así aparece recogido en el artículo 14.7 de la Ley Orgánica 3/2007 "La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia".

Los mismos principios y criterios inspiran la normativa autonómica, cuando el artículo 1 del Decreto Legislativo 2/2015, de 12 de febrero , por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad, establece que:

"1. La Comunidad Autónoma de Galicia refuerza, a través de este texto refundido, su compromiso en la eliminación de la discriminación entre mujeres y de hombres y en la promoción de la igualdad, atribuyéndole la mayor efectividad posible, en su campo de competencias, al principio constitucional de igualdad de oportunidades entre las personas de ambos sexos, de conformidad con las obligaciones impuestas a los poderes públicos de Galicia en el artículo 4 de la Ley orgánica 1/1981, de 6 de abril, del Estatuto de autonomía para Galicia.(...)

3. Los principios de actuación de la Comunidad Autónoma en materia de igualdad son:

- a) La búsqueda y la eliminación absoluta de las discriminaciones por razones de sexo, sean directas o indirectas
- d) El fomento de la comprensión de la maternidad como una función social, evitando los efectos negativos sobre los derechos de la mujer, y además instrumentando otros efectos positivos. La protección de la maternidad



es una necesidad social que los poderes públicos gallegos asumen y reconocen políticamente. Siendo la maternidad un bien insustituible, todas las cargas y cuidados que supone, la gravidez, el parto, la crianza, la socialización de los hijos, deben recibir ayuda directa de las instituciones públicas gallegas, a fin de no constituir discriminación gravosa para las mujeres. En este sentido, la Xunta de Galicia aplicará todas sus competencias para conseguir que se materialice, en la práctica, el principio mencionado y la maternidad deje de ser carga exclusiva de las madres y motivo de discriminación para las mujeres".

Esta comprensión de la maternidad pierde sentido si no se reconoce a la trabajadora durante el periodo de descanso por maternidad, y como servicios prestados, aquellos que sí desempeñaría por existir un llamamiento de las listas, pero que no ha podido desempeñar por razón de la maternidad.

Tal como consta en el expediente administrativo, la baja por maternidad se produjo en un momento en que la apelante se encontraba prestando servicios en virtud de un llamamiento de las listas de interinos, pero este contrato finalizaba el día 25 de diciembre de 2016, y por tanto la finalización en esa fecha de la prestación de servicios, no habría traído causa en el embarazo.

Ahora bien, también consta, como ya se ha adelantado, que durante el periodo de suspensión de llamamientos, que comenzó al día siguiente (26 de diciembre de 2016), fue llamada para la cobertura de una sustitución de comisión de servicios con duración previsible superior a un año. Este llamamiento tuvo lugar el día 27 de enero de 2017, cuyo nombramiento no se formalizó hasta que terminó la situación de suspensión de los llamamientos por maternidad, el día 2 de abril siguiente. Y como dice la apelante en su recurso, se debe permitir la formalización de cualquier contrato laboral durante el periodo de baja maternal, si bien el desempeño efectivo del trabajo tendrá que posponerse a la finalización de la baja, preservando la trabajadora todos los derechos inherentes a ese contrato, entre ellos, el reconocimiento de ese periodo como de servicios prestados.

Lo contrario implicaría la discriminación alegada por razón de sexo, pues la protección en estos casos debe dispensarse no solo a las trabajadoras interinas que se encuentren prestando servicios de forma real y efectiva, sino también a las que por razón de su embarazo no pueden hacerlo, pero han generado un derecho a ser contratados una vez llamadas de las listas para la cobertura de un puesto de trabajo.

Esta Sala no comparte los argumentos en los que se asienta la sentencia de instancia para desestimar el recurso, pues de los artículos 169 a 182 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que se citan en ella, solo los ocho primeros integran el Capítulo V (situaciones determinantes de incapacidad temporal), y de este Capítulo no forman parte las prestaciones y los subsidios por nacimiento y cuidado de menor, que se regulan en los artículos 177 a 182 (Capítulo VI). Es la propia norma la que reconoce como situaciones protegidas, el nacimiento y el cuidado de menor, al igual que el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante (artículo 183) la situación de riesgo por embarazo (artículo 186) la situación de riesgo durante la lactancia natural (artículo 188), y el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (artículo 190).

Y por tanto la situación de maternidad no puede asimilarse a la falta de capacidad funcional necesaria para desempeñar las funciones propias de un puesto de trabajo, sino que ha de serlo a un periodo de descanso que se disfruta por tal situación, tal como señala literalmente el artículo 177 de la LGSS.

La discriminación apreciada no deja de ser tal por el hecho de que el Pacto reserve a la mujer el vínculo ofertado durante el periodo de maternidad, ni por el hecho de que la misma suspensión de los llamamientos se prevea respecto de los hombres que disfruten de un permiso de paternidad. La discriminación existe, pues eliminada la situación de maternidad los servicios se hubiesen prestado, y por tanto deben de reconocerse como tales aunque no se puedan prestar por encontrarse la trabajadora en una situación que está protegida por la ley.

Pero por esta misma razón el reconocimiento debe quedar limitado al periodo de tiempo para el que la trabajadora es llamada de las listas, como son en este caso aquellos a los que ya se refiere la apelante en el tercer apartado del Fundamento de derecho tercero de su recurso, esto es, el comprendido desde la fecha de llamamiento el día 27 de enero de 2017, hasta el día 3 de abril de 2017, en que se formalizó el contrato después de la baja de maternidad.

El periodo anterior (desde el 26 de diciembre de 2016, día siguiente a la finalización del contrato, hasta el 27 de enero de 2017, fecha en la que se produjo el llamamiento de referencia) no se puede reconocer a los efectos pretendidos, pues implicaría privilegiar a la apelante en relación con lo demás integrantes de las listas de vinculaciones temporales.

El criterio que se recoge en esta sentencia no contradice el que se recoge en la sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 2007, que cita el letrado del Sergas en su escrito de oposición al recurso, y que cita el juez de instancia en la suya, pues de lo que se trataba en aquel procedimiento era de resolver si se podían reconocer en un proceso selectivo como servicios prestados, y por tanto como mérito bajo el apartado de



experiencia profesional, el periodo de tiempo en que la recurrente, permaneciendo en las listas de vinculaciones temporales, estuvo disfrutando de un periodo de descanso por maternidad, pero sin constar que durante ese periodo fuese llamada para la cobertura de un puesto de trabajo, como ha sucedido en este caso.

Por todo ello el recurso ha de ser estimado y la sentencia de instancia revocada, declarando el derecho de la apelante a que se le reconozca como tiempo trabajado a efectos administrativos, el periodo de tiempo durante el cual estuvo de baja por maternidad que coincida a su vez con el periodo de tiempo para el que fue llamada de las listas de vinculaciones temporales (desde el día 27 de enero de 2017 hasta el día 3 de abril de 2017).

CUARTO .- Imposición de costas:

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa , al acogerse la apelación, no procede hacer pronunciamiento especial sobre las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

que con **estimación del recurso de apelación** interpuesto por Doña Raimunda contra la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2018 por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de A Coruña en los autos de procedimiento abreviado número 199/18, **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS** la misma, y en su lugar, debemos estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto contra la resolución dictada por la Xerencia de Xestión Integrada de A Coruña, el día 21 de diciembre de 2017, sobre suspensión de llamamientos durante la baja por maternidad.

Y en consecuencia, **se declara nulo el acuerdo impugnado** , declarando el derecho de la recurrente a que la Administración demandada **le reconozca como tiempo trabajado a efectos administrativos, el periodo de tiempo durante el cual estuvo de baja por maternidad que coincida a su vez con el periodo de tiempo para el que fue llamada de las listas de vinculaciones temporales** (desde el día 27 de enero de 2017 hasta el día 3 de abril de 2017).

Sin imposición de costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa . Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0050-19), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo acordamos y firmamos.