

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 1697/2019, de 11 de diciembre de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 4258/2017

**SUMARIO:**

**Mujer embarazada en situación de riesgo. Alta en la Seguridad Social. Reconocimiento de la prestación por riesgo durante el embarazo. Operaria de limpieza en hospital. Trabajadora que es dada de alta en la Seguridad Social a pesar de encontrarse en situación de embarazo con riesgo, lo que supuso que no llegara a prestar servicios. Nombramiento de conformidad con el orden de llamamiento de las listas de contratación temporal del Servicio Vasco de Salud/Osakidetza. Anulación del alta por la Tesorería General de la Seguridad Social ante la evidente imposibilidad de desempeñar su trabajo.** La interpretación de la normativa de seguridad social comporta que aunque el acto administrativo de alta se vincule, con carácter general, al inicio de la actividad laboral, sin embargo, además de ligar el alta a dicho inicio de la actividad, también permite la ampliación, si concurre una situación conexas a la misma, como es la de contratación de una mujer en situación de riesgo por embarazo que había generado derecho a ser contratada. Por tanto, la primera persona disponible en las listas de contratación tiene derecho a su llamamiento pese a su situación de embarazo de riesgo. Su preterición implica necesariamente una discriminación por razón de género. La interpretación de las citadas normas ha de hacerse, por tanto, conforme al principio de igualdad y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 8/2015 (TRLGSS), arts. 188 y 189.

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 134.

RD 84/1996 (Inscripción, afiliación, altas y bajas), art. 7.1.

RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 45.1 d) y 48.1.

Ley 31/1995 (LPRL), art. 26.

**PONENTE:**

*Don Segundo Menéndez Pérez.*

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.697/2019

Fecha de sentencia: 11/12/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4258/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/10/2010

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 4258/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

### SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente  
D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez  
D. Segundo Menendez Perez  
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva  
D<sup>a</sup>. Maria del Pilar Teso Gamella

En Madrid, a 11 de diciembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL en representación de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representada y dirigida por el Letrado de sus servicios jurídicos, contra sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 26 de mayo de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 70/2017, sobre impugnación de la resolución de 10 de julio de 2015, de la Dirección Provincial de Álava de la Tesorería General de la Seguridad Social, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 20 de abril de 2015 por la que se anulan altas de la recurrente en el Régimen General.

Se ha personado en este recurso como parte recurrida doña Josefina, representada por la procuradora de los tribunales doña Esperanza Azpeitia Calvín y asistida por la letrada doña Cristina Ortiz de Guinea Pereda.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

En el recurso contencioso-administrativo núm. 70/2017 la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con fecha 26 de mayo de 2017, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"FALLO: I.- Estimamos el presente recurso nº 70/2017, interpuesto contra la resolución de 10 de julio de 2015 de la Dirección Provincial de Araba/Álava de la Tesorería General de la Seguridad Social, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 20 de abril de 2015 por la que se anulan altas de la recurrente en el Régimen General. II.- Declaramos la disconformidad a derecho de la resolución recurrida y la anulamos. III.- Imponemos las costas a la Administración recurrida en los términos del último fundamento jurídico."

### Segundo.

Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en nombre y representación de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL recurso de casación, que por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco tuvo por preparado mediante Auto de fecha 7 de julio de 2017, que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento a las partes.

### Tercero.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, con fecha 27 de noviembre de 2017, dictó Auto cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"La Sección de Admisión acuerda:

#### Primero.

Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Letrado de la Seguridad Social contra la sentencia 267/2017, de 26 de mayo de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el procedimiento ordinario núm. 70/2017.

#### Segundo.

Precisar que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

1. Si resulta incompatible con el artículo 7.1 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, el alta de una mujer embarazada en situación de riesgo que, únicamente por esa circunstancia, se ve impedida de iniciar de forma efectiva una actividad, pese a haber generado el derecho a ser contratada.

2. Si el artículo 134 de la LGSS en su versión vigente en el momento en que ocurrieron los hechos (idéntico en todos sus extremos al actual artículo 186 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social) sólo protege a la trabajadora que se encuentra ya ocupando un puesto de trabajo o, por el contrario, protege también a la mujer que ha generado un

derecho a ser contratada, pero no puede realizar la actividad objeto del contrato precisamente por su condición de embarazada en situación de riesgo.

Tercero.

Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 13.4 y 134 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social [equivalentes a los artículos 16.4 y 186 de la LGSS actualmente vigente], el artículo 7.1 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, así como el artículo 26.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Cuarto.

Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto.

Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto.

Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto."

**Cuarto.**

La representación procesal de la a ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en nombre y representación de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, interpuso recurso de casación mediante escrito de 23 de enero de 2018, y termina suplicando a la Sala que "...dicte sentencia por la que, casando y anulando la sentencia recurrida se estime el recurso de casación en los términos interesados"

**Quinto.**

La representación procesal de doña Josefina, se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en su escrito a la Sala que "...lo desestime en su integridad, confirmando la Sentencia recurrida en idénticos términos que lo hizo en la reciente Sentencia nº 292/2018, de 26 de febrero de 2018"

**Sexto.**

Mediante providencia de fecha 25 de septiembre de 2019 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 15 de octubre del mismo año, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

**Séptimo.**

No se ha observado el plazo que la ley de la jurisdicción fija para dictar sentencia, debido a la carga de trabajo que pesa sobre el Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** *La sentencia recurrida*

El recurso de casación se interpone contra la sentencia de fecha 26 de mayo de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que estima el recurso núm. 70/2017, interpuesto contra la resolución de 10 de julio de 2015 de la Dirección Provincial de Araba/Álava de la Tesorería General de la Seguridad Social, desestimatoria del recurso de alzada formulado contra la resolución de 20 de abril de 2015 por la que se anulan altas de la recurrente en el Régimen General.

Dicha sentencia describe la situación enjuiciada en estos términos:

"[...]

La recurrente obtuvo nombramientos como operaria de limpieza en el hospital de Leza del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza el 12 y 13 de julio, del 6 al 14 de septiembre, 15 y 16 de septiembre y del 19 de septiembre al 17 de octubre de 2014, siendo dada de alta en la Seguridad Social, si bien no prestó servicios como consecuencia de la baja por riesgo durante el embarazo.

La Administración 01/80 de la Dirección Provincial de Araba/Álava de la Tesorería General de la Seguridad Social dictó el 20 de abril de 2015 resolución por la que anuló las altas de dichos periodos, resolución que fue confirmada en alzada por la de 20 de abril de 2015 (sic) de la Dirección Provincial razonando, en esencia, que no prestó servicios en tales periodos y que la imposibilidad de prestarlos resultaba evidente en el momento de efectuar cada una de las altas, por lo que las mismas resultaban improcedentes, ya que el riesgo durante el embarazo determina una vez vigente la relación de servicios la adopción de medidas en el marco del artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en el caso de que no puedan prestarse los servicios, la suspensión del contrato de acuerdo con el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores y la prestación económica prevista por el artículo 134 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

[...]"

Tras ello, y tras dar cuenta de las contrapuestas posiciones de las partes, sus razonamientos jurídicos son, en suma, los siguientes:

"[...]

La resolución recurrida infringe el artículo 14 de la Constitución, así como los artículos 6.1 y 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres, al incurrir en una discriminación por razón de sexo.

La cuestión planteada estriba, en esencia, en determinar si, teniendo en cuenta que en los periodos de cotización litigiosos, a la recurrente le correspondía el llamamiento a prestar servicios de conformidad con el Acuerdo de 9 de mayo de 2011 de elaboración y gestión de las listas de contratación temporal de Osakidetza, dicho organismo debió omitir su llamamiento por la razón de que le constaba que se hallaba en una situación de embarazo de riesgo que con gran probabilidad determinaría su incapacidad laboral.

Tal y como alega la recurrente, la Sala, en sentencia de esta misma Sección número 740/2006, de 15 de diciembre, dictada en el recurso de apelación número 184/2004, cuyo tenor reiteró la de la Sección Tercera número 593/2016, de 1 de diciembre, dictada en el recurso de apelación número 648/2015, con fundamento en la sentencia del Tribunal Constitucional 214/2006, de 3 de julio, concluyó que la primera persona disponible en las listas de contratación tenía derecho a su llamamiento como psiquiatra pese a su situación de embarazo de riesgo, dado que su preterición en el orden de llamamiento, implicaba necesariamente una discriminación por razón de género.

Hoy debemos ratificarnos en dicha conclusión a la luz de los artículos 6.1 y 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, que traspone a nuestro ordenamiento interno la Directiva en materia de igualdad de trato 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE (EDL 1976/2256), 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 atención a la doctrina del Tribunal Constitucional establecida por la sentencia número 162/2016, de 3 de octubre, cuyos fundamentos jurídicos procede reproducir literalmente como fundamento de la estimación del presente recurso:

[...]"

Reproduce, en efecto, los fundamentos jurídicos cuarto, quinto, sexto y séptimo de dicha sentencia del Tribunal Constitucional, y, acto seguido, concluye sus razonamientos en estos términos:

"Trasladando la anterior doctrina al supuesto de autos, puesto que a la recurrente correspondía llamamiento a prestar servicios de conformidad con el Acuerdo de elaboración y gestión de las listas de contratación temporal de Osakidetza (BOPV número 106, de 6 de junio de 2011), su preterición por la exclusiva razón de hallarse en una situación de embarazo de riesgo, vendría a constituir una discriminación por razón de sexo, razón por la cual resultaba obligado su llamamiento pese a que, la situación de embarazo de riesgo le impidiera prestar servicios y le abocara a una situación de incapacidad con derecho a percibir la prestación correspondiente".

### **Segundo.**

El auto de admisión: sus particulares referidos a la cuestión en la que se aprecia la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y a las normas que, en principio, han de ser interpretadas.

Uno y otro se reflejan en los apartados segundo y tercero de la parte dispositiva del auto de admisión del recurso de casación, de fecha 27 de noviembre de 2017. Dicen así:

"[...]

Segundo.

Precisar que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

1. Si resulta incompatible con el artículo 7.1 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, el alta de una mujer embarazada en situación de riesgo que, únicamente por esa circunstancia, se ve impedida de iniciar de forma efectiva una actividad, pese a haber generado el derecho a ser contratada.

2. Si el artículo 134 de la LGSS en su versión vigente en el momento en que ocurrieron los hechos (idéntico en todos sus extremos al actual artículo 186 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social) sólo protege a la trabajadora que se encuentra ya ocupando un puesto de trabajo o, por el contrario, protege también a la mujer que ha generado un derecho a ser contratada, pero no puede realizar la actividad objeto del contrato precisamente por su condición de embarazada en situación de riesgo.

Tercero.

Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 13.4 y 134 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social [equivalentes a los artículos 16.4 y 186 de la LGSS actualmente vigente], el artículo 7.1 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, así como el artículo 26.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

[...]"

### **Tercero. Cuestión e interpretación ya decididas por esta Sala**

En efecto, la sentencia de esta Sala de fecha 26 de febrero de 2018, dictada en el recurso de casación núm. 1306/2017, enjuició un supuesto de todo punto similar, en el que el planteamiento de las partes no difería del que hacen en éste.

Procede, así, llegar al mismo pronunciamiento desestimatorio del recurso, sin necesidad de transcribir aquí los razonamientos jurídicos de aquella sentencia, pues en aquel recurso era también parte recurrente la Tesorería General de la Seguridad Social que, por tanto, los conoce.

Tan sólo es conveniente recordar la doctrina que fijó esa sentencia anterior. Dice así:

"La interpretación del artículo 134 del TR 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, comporta que aunque el acto administrativo de alta se vincule, con carácter general, al inicio de la actividad laboral, sin embargo, el citado artículo 7 del Reglamento General, además de ligar el alta a dicho inicio de la actividad, también permite la ampliación, si concurre una "situación conexas a la misma", como sucede en este caso, en que ya se había contratado y dado de alta a la mujer en situación de riesgo por embarazo. Alta que posteriormente fue anulada. La interpretación de las citadas normas ha de hacerse, por tanto, conforme con el principio de igualdad, y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que hemos expuesto".

#### **Cuarto. Pronunciamiento sobre costas**

En cuanto a las de la instancia, procede mantener la decisión de la sentencia recurrida, al ser conforme con lo dispuesto en el art. 139 de la LJCA.

Y, en cuanto a las de este recurso de casación, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad, tal y como dispone el art. 93.4 de la misma ley.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º. Reiteramos la doctrina fijada en la sentencia de esta Sala de fecha 26 de febrero de 2018, dictada en el recurso de casación núm. 1306/2017.

2º. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia de fecha 26 de mayo de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso contencioso-administrativo núm. 70/2017.

3º. Las costas serán satisfechas según lo expuesto en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, todo lo cual yo la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.