

## TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 10/2017, de 10 de enero de 2017

Sala de lo Social

Rec. n.º 283/2015

### SUMARIO:

**Retribuciones variables (incentivo general de operaciones e incentivo de éxito comercial).** *Práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal o, al menos, las seis semanas obligatorias, así como la baja por riesgo durante el embarazo, a los efectos de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos, provocando con ello que, tras la reincorporación, las trabajadoras afectadas no percibiesen esa partida salarial hasta el momento de abono de los periodos que, nuevamente, hubiesen comenzado a devengar.* Esta medida implica una discriminación directa y es contraria al derecho al mantenimiento y preservación de las condiciones de trabajo, ya que penaliza el ejercicio del derecho a la protección por maternidad, limitando, por tanto, la plenitud del mismo. Esta prohibición de discriminación alcanzaría también a los progenitores varones, bien por adopción o acogimiento, bien por cesión del permiso de maternidad, por cuanto las medidas de protección del ejercicio de los deberes parentales se configuran como instrumentos de corresponsabilidad familiar que actúan de mecanismos activos de igualdad de mujeres y hombres. En cualquier caso, es un hecho indiscutiblemente notorio el que en nuestro país sigue siendo absolutamente mayoritario el uso de estos permisos por parte de las mujeres, por lo que, aun si se afirmara la neutralidad de la medida, en todo caso, la discriminación femenina se produciría por vía indirecta, por ser las mujeres las perjudicadas en un número mucho mayor que los hombres. En consecuencia, y para evitar toda discriminación y garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, los trabajadores que se hayan acogido a un permiso parental no pueden estar en una posición de desventaja con respecto a los trabajadores que no se hayan acogido a tal permiso. Y, para que tal situación desfavorable no se produzca, no puede exigirse la presencia física de los trabajadores en el mes anterior al del abono de los incentivos, pues es este un requisito que la situación de permiso hace imposible.

### PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 14.

Ley Orgánica 3/2007 (Igualdad), arts. 3, 6 y 8.

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 17.1 y 48.4 y 5.

### PONENTE:

*Doña María Lourdes Arastey Sahún.*

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 10/2017

Fecha de sentencia: 10/01/2017

Tipo de procedimiento: CASACION Número del procedimiento: 283/2015

Fallo/Acuerto: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 10/01/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahún

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

Transcrito por: AAP Nota:

## Resumen

**DISCRIMINACIÓN:** baja maternal y por riesgo durante el embarazo. Pérdida de incentivos en el momento inmediato posterior a la reincorporación

CASACION núm.: 283/2015

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahún

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera

Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Social

## Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra. D. José Luis Gilolmo López

D. José Manuel López García de la Serrana  
D.<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahún  
D. Antonio V. Sempere Navarro  
D. Sebastián Moralo Gallego

En Madrid, a 10 de enero de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Confederación Sindical de CC.OO.-A, representado y asistido por la letrada D.<sup>a</sup> Rosa Benavides Ortigosa, contra la sentencia dictada el 4 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), en autos núm. 3/2015 seguidos a instancia de la parte actora contra la empresa Centro de Asistencia Telefónica (CATSA) y los sindicatos CGT, UGT y Ministerio Fiscal en procedimiento de Conflicto colectivo, en el que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido como recurrida la demandada CATSA, representada y asistida por el letrado D. Juan Antonio Domínguez Pérez.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahún.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

Por la representación de la Confederación Sindical de CCOO-A se interpuso demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía (Málaga), en la que, tras exponer los hechos y motivos que se estimaban necesarios, se terminó por suplicar que se dictara sentencia por la que «estimando la presente demanda:

1. Declare contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal o al menos las seis semanas obligatorias, así como la baja por riesgo de embarazo a los efectos de cómputo de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos, condenando a la demandada a retribuir con las diferencias retributivas existentes a aquellas trabajadoras que hayan estado en dichas circunstancias.

2. Declare igualmente no ajustado a derecho la práctica empresarial de no adecuar los objetivos a efectos del percibo de las retribuciones por incentivos de aquellas trabajadoras que se encuentran en reducción de jornada y que tienen reducida la jornada y los salarios pero no así los objetivos para percibir los incentivos.

3. Declare no ajustado a derecho de forma genérica la reducción de retribuciones tanto fijas como variables de aquellas trabajadoras que se encuentran en situación de reducción de jornada por cuidado de un hijo menor de 12 años, condenando a la empresa a reponerles las retribuciones económicas que hayan sido descontadas.».

## **Segundo.**

Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose las demandadas comparecidas, según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

## **Tercero.**

Con fecha 4 de junio de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), en la que consta el siguiente fallo:

«Que DESESTIMANDO la demanda origen de las presentes actuaciones interpuesta por el sindicato CC.OO. contra la entidad CATSA, y a los que fueron citados los sindicatos CGT y UGT, DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a la entidad demandada citada de la totalidad de pretensiones articuladas en su contra en el curso de las presentes actuaciones».

## **Cuarto.**

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO. La empresa demandada CATSA se dedica a la actividad de servicios de contact center, en sus dos centros de trabajo de Granada y Málaga, realizando los trabajadores a su servicio tareas de recepción, emisión de llamadas y toda la labor de gestión y promoción que suponga la interacción con los abonados y potenciales abonados de Canal+. SEGUNDO. La empresa CATSA tiene una plantilla aproximada en ambos centros de trabajo de unos 1.000 trabajadores, de los que aproximadamente un 80% son mujeres, teniendo en la mayor parte de los casos formalizados contratos de trabajo a tiempo parcial al ser los turnos de trabajo de 7 horas diarias o 35 semanales o de 6 horas diarias o 30 semanales, siendo la jornada a tiempo completo de 39 horas según convenio colectivo aplicable. La empresa CATSA no tiene contratados trabajadores a tiempo completo en la Plataforma Canal+ . TERCERO. A efectos retributivos, y junto a la retribución fija mensual que percibe cada trabajador de la entidad en función de la jornada que tiene establecida, está establecido en la empresa demandada un sistema de retribuciones variables por incentivos, cuyo abono efectúa mensualmente en nómina junto a las retribuciones fijas, y dentro del cual se diferencian dos tipos de incentivos: 1. los denominados "incentivos generales de operaciones" (IGO), que se basan en el cumplimiento de unos niveles de calidad en la prestación de servicios y un nivel de actividad efectiva en el trabajo puesta en relación con la jornada laboral individual; 2. y los "incentivos de éxito comercial o prima de producción" (IE ) que atienden al éxito comercial sobre el trabajo realizado por las llamadas recibidas y/o emitidas por cada trabajador. Por la propia naturaleza de tales incentivos y particularidades concurrentes al tiempo de proceder al cómputo de los condicionantes de los que deriva su devengo y cuantificación, los incentivos generales de operaciones devengados por la actividad laboral desplegada durante un determinado mes son abonados en la nómina del mes inmediatamente posterior, entre tanto los incentivos de éxito comercial -que precisan de previa verificación del éxito de la operación por la entidad Canal+- son abonados en nómina dos o tres meses más tarde de la realización por el trabajador de la actividad promocional correspondiente. CUARTO. La empresa CATSA efectúa las correspondientes cotizaciones sobre tales incentivos, y en los casos de maternidad o riesgo durante el embarazo la base reguladora toma en cuenta tales incentivos para determinar las prestaciones de Seguridad Social, y asimismo la empresa CATSA complementa como mejora voluntaria con arreglo al convenio colectivo aplicable de contact center las indicadas prestaciones de Seguridad Social, en su caso hasta el 100% del salario. QUINTO. Por la forma de cálculo y abono de los incentivos salariales anteriormente indicados y especificada en el previo hecho probado tercero, los trabajadores que ven interrumpida su actividad laboral por tiempo superior a un mes no perciben el mismo mes de su reincorporación cantidad alguna por el referido incentivo general de operaciones; cuando dicha interrupción es de varios meses de duración, tal falta de abono de incentivos recae sobre cualquiera de las dos variantes anteriormente referidas. Consecuencia de ello, las trabajadoras de la empresa CATSA que por causa de embarazo y/o maternidad han visto suspendida su actividad laboral por disfrutar de los permisos correspondientes, el primer mes de reincorporación a su puesto de trabajo no perciben cantidad alguna por ninguno de los referidos incentivos, y sólo comienzan a percibir cantidad por incentivos al mes inmediatamente posterior al de su reingreso y en función de los servicios laborales efectivamente prestados a partir de tal reincorporación. Y es por ello por lo que las trabajadoras de la empresa CATSA que se reincorporan a su puesto tras interrumpirse su contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y/o maternidad, experimentan en la nómina del primer mes tras su reingreso una merma en sus retribuciones salariales, cuando dicho primer mes únicamente le es abonada por la empresa la retribución fija mensual, y no los incentivos anteriormente citados que les serán abonados en la nómina del mes inmediatamente posterior -así el IGO-. Conforme a ello, ven reducido dicho primer mes el montante económico habitual de su nómina de forma sensible, pues percibiendo con

anterioridad a su baja laboral o disfrute del permiso de maternidad un salario neto mensual de unos 800 euros, solo las cantidades por incentivos IGO no abonadas en dicha primera nómina rondan comúnmente los 100 euros mensuales. SEXTO. En los casos de reducción de jornada por guarda legal, la empresa demandada procede al cómputo y abono de tales incentivos de manera proporcional a la jornada laboral individual realizada por el trabajador y a las llamadas recibidas y/o emitidas por cada trabajador en la misma, por lo que los objetivos establecidos y parámetros de cómputo de los incentivos se calculan de manera proporcional a las horas de trabajo realizadas. La empresa demandada no efectúa de forma genérica una reducción de retribuciones tanto fijas como variables de aquellas trabajadoras que se encuentran en situación de reducción de jornada por cuidado de un hijo menor de 12 años. SÉPTIMO. El conflicto colectivo planteado afecta a las trabajadoras que prestan sus servicios en los centros de trabajo de Granada y Málaga de la empresa demandada CATSA. OCTAVO. El sindicato CC.OO. presentó solicitud de solución de conflicto ante el Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía SERCLA, intentándose el acuerdo y resultando sin avenencia. NOVENO. El Sindicato CCOO presentó demanda de conflicto colectivo contra la empresa demandada CATSA, y los sindicatos CGT y UGT, reclamando el dictado de sentencia por la que: 1. Declare contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal o al menos las seis semanas obligatorias, así como la baja por riesgo de embarazo a los efectos de cómputo de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos, condenando a la demandada a retribuir con las diferencias retributivas existentes a aquellas trabajadoras que hayan estado en dichas circunstancias. 2. Declare igualmente no ajustado a derecho la práctica empresarial de no adecuar los objetivos a efectos del percibo de las retribuciones por incentivos de aquellas trabajadoras que se encuentran en reducción de jornada y que tienen reducida la jornada y los salarios pero no así los objetivos para percibir los incentivos. 3. Declare no ajustado a derecho de forma genérica la reducción de retribuciones tanto fijas como variables de aquellas trabajadoras que se encuentran en situación de reducción de jornada por cuidado de un hijo menor de 12 años, condenando a la empresa a reponerles las retribuciones económicas que hayan sido descontadas.».

#### **Quinto.**

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación de la Confederación Sindical de CCOO-A.

El recurso fue impugnado por la representación del Centro de Asistencia Telefónica (CATSA).

#### **Sexto.**

Recibidas las actuaciones del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, quien emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de enero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

1. Como se ha indicado, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de 4 junio 2015 (autos 3/2015), desestima la demanda de conflicto colectivo planteada por el sindicato CC.OO.

2. La parte demandante formula ahora recurso de casación ordinaria mediante un único motivo, amparado en el apartado e) del art. 207 LRJS .

No obstante, dicha parte delimita ahora su pretensión. Desiste expresamente de dos de las peticiones de la demanda y ciñe el objeto del pleito de modo exclusivo a lo que se pedía en el apartado 1 de la súplica de dicho escrito, esto es, que se declare «contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal o, al menos, las seis semanas obligatorias, así como la baja por riesgo de embarazo a los efectos de cómputo de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos, condenando a la demandada a retribuir con las diferencias retributivas existentes a aquellas trabajadoras que hayan estado en dichas circunstancias».

3. El recurso denuncia la vulneración del art. 14 de la Constitución , los arts. 3 , 6 y 8 de la LO 3/2007 , para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH) y el art. 2.1.7 de la Directiva 2002/73/CE , que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Hemos de hacer notar, no obstante, que la Directiva invocada fue derogada con efectos a partir de 15 de agosto de 2009 y sustituida, sin alterar apenas la regulación material, por la Directiva 2006/54.

La parte recurrente invoca asimismo la STS/4ª de 27 mayo 2015 (rec. 103/2014 ) , así como la STJCE de 13 febrero 1996 (Asunto Gillespie, C-342/93 ) y las STC 173/1994 , 136/1996 , 20/2001 , 41/2002 , 17/2003 , 98/2003 , 182/2005 , 214/2006 , 324/2006 , 3/2007 y 17/2007 .

4. Como se desprende del relato fáctico de la sentencia de instancia, que no se combate en esta alzada, la empresa tiene establecido un sistema de retribuciones variables (hecho probado Tercero), en el que se distingue el denominado incentivo general de operaciones (IGO) y el igualmente llamado incentivo de éxito comercial (prima de producción).

Considera la empresa demandada que ninguno de tales incentivos se devenga durante el periodo en que no existe actividad laboral, lo que, en consecuencia, motiva que no los abone en relación a los periodos de baja por maternidad o por riesgo durante el embarazo, provocando con ello que, tras la reincorporación, las trabajadoras afectadas no perciban esa partida salarial hasta el momento de abono de los periodos que, nuevamente, hayan comenzado a devengar (en los términos en que está fijado el momento del pago para cada uno de los dos incentivos controvertidos).

Hemos de precisar, por tanto, que lo que se debate aquí afecta al momento de la reincorporación de las trabajadoras y no así al importe de la prestación o mejoras de Seguridad Social percibidas durante el periodo de baja. No se pone en cuestión tampoco el abono de cantidades salariales a lo largo de dicho periodo de suspensión de la relación laboral. En suma, no está en discusión el mantenimiento de los derechos de las mujeres trabajadoras en relación a su remuneración o al beneficio de una prestación adecuada durante su permiso de maternidad o baja por riesgo durante el embarazo.

De lo que se trata es del mantenimiento de los derechos y condiciones de las trabajadoras que han ejercido sus derechos a los permisos derivados de su maternidad, una vez se reincorporan a su actividad laboral.

5. Sostiene la Sala de instancia que el sistema de incentivos se aplica por la empresa de forma generalizada, con independencia del sexo de los trabajadores, y que afecta por igual a todos los supuestos de suspensión del vínculo laboral cualquiera que sea la causa de entre las señaladas en el art. 45.1 del Estatuto de los trabajadores (ET ). De ahí que la sentencia recurrida concluya que no quepa apreciar discriminación alguna de las mujeres que prestan servicios para la empresa demandada cuando éstas se reincorporan tras la situación de baja por maternidad o riesgo durante el embarazo.

## **Segundo.**

1. Entiende la parte recurrente que no es posible equiparar la suspensión del contrato de trabajo por causa de la maternidad o el embarazo con el resto de las causas del precepto legal antes citado.

2. Debemos destacar las características de los dos supuestos de suspensión del contrato de trabajo a los que se refiere la pretensión de la parte actora. Ambos se incluyen en el apartado d) del art. 45.1 ET , desarrollándose la suspensión por parto en el art. 47.4 ET y la de riesgo durante el embarazo en el art. 47.5 ET ; pero avanzamos ya que, ciertamente, tal y como se sostiene en el recurso y como señala el Ministerio Fiscal, no es posible equiparar estos supuestos en relación con la cuestión que aquí se nos suscita.

3. La suspensión del contrato de trabajo por la llamada "maternidad" forma parte de un concepto más amplio, aunque innominado en nuestra legislación, cual es el permiso parental, puesto que bajo la genérica -y no siempre apropiada- denominación de "maternidad", se incluyen no sólo los supuestos de parto, sino también los de adopción y acogimiento de menores de 6 años, de menores discapacitados o de aquéllos con especiales necesidades de inserción social y familiar. En este segundo caso, el titular del derecho a la suspensión por "maternidad" no necesariamente será de la madre adoptiva o de acogida, pues el mismo se reconoce indistintamente a favor del padre, ambos adoptantes o acogedores se hallan en un mismo nivel de protección.

Asimismo, en el caso de parto, se incluye la posibilidad de que el trabajador que suspende su contrato de trabajo no sea la madre, sino el otro progenitor, bien por fallecimiento de ésta, bien por cesión de la madre de todo o parte del periodo -a excepción, en este último caso, de las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto-.

De todos estos supuestos de baja parental cabe, no obstante, poner de relieve las especiales características que el caso de la suspensión del contrato de trabajo por razón del parto reviste, pues éstas resultan decisivas para abordar el presente litigio. En concreto, únicamente el caso del parto guarda directa y exclusiva

relación con el sexo del titular del derecho al descanso, pues sólo las trabajadoras pueden estar comprendidas en el ámbito del mismo. En suma, es importante poner de relieve que, dentro de ese abanico más amplio de permiso "parental", la maternidad en sentido estricto guarda relación con el hecho biológico femenino, lo que no sucede con el resto de supuestos de suspensión del contrato. Asimismo, únicamente el caso del descanso por razón de dar a luz tiene un carácter limitativo respecto a la posibilidad de disfrute por el otro progenitor, limitación que se impone tanto respecto de un periodo - seis semanas-, como de un momento concreto -inmediatamente después del parto-.

Por consiguiente, fuera de la excepcionalidad de la muerte de la madre durante el alumbramiento, son sólo las mujeres las que pueden hallarse de baja por maternidad durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto.

**4.** Además, en la medida que sirve para acentuar sus particulares características, conviene detenerse igualmente en la eventual nota de obligatoriedad de dicha baja.

Aun cuando nuestro ordenamiento jurídico no resulta exhaustivo a la hora de fortalecer ese carácter obligatorio, la posibilidad de renuncia de la baja por maternidad fue contemplada por la STJCE de 27 octubre 1998 (Asunto Boyle, C-411/96 ), en donde se ponía de relieve que, «si bien en virtud del artículo 8 de dicha Directiva, los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para que las trabajadoras disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas, se trata de un derecho al que éstas pueden renunciar, salvo en lo que respecta a las dos semanas de permiso de maternidad obligatorio previstas en el apartado 2...».

La obligatoriedad de una parte del permiso está consagrada también en el art. 3 del Convenio 103 OIT, sobre la protección de la maternidad (ratificado por España en 1965), siendo congruente el legislador español al fijarlo en las seis semanas posteriores al parto, como indica el referido texto normativo internacional -el periodo es también coincidente con lo dispuesto en el art. 4 del Convenio 183 OIT, aun cuando España no ha ratificado todavía dicho Convenio-.

Ese carácter de obligatoriedad nos sirve para abundar en el énfasis que cabe poner respecto de la diferenciación clara entre este tipo de causa de suspensión del contrato.

Ahora bien, la cuestión del matiz que puede derivarse de ese carácter obligatorio de las seis semanas posteriores al parto, respecto de las ocho semanas restantes del total del periodo de permiso de maternidad no impide en este caso que la respuesta que quepa dar a lo pretendido sea homogénea sea cual sea la duración efectiva del permiso de las trabajadoras afectadas por este pleito. Como hecho indicado, lo que se pretende por la parte recurrente es que a las trabajadoras que se incorporan tras su permiso de maternidad se les remunere ya en el primer mes con la inclusión de los correspondientes incentivos y, para ello, habría que acudir -según propone- a calcular para ese mes la media ponderada de los incentivos generados durante el año. Para dar respuesta a tal petición es irrelevante que la reincorporación se produzca tras las seis semanas posteriores al parto o tras las catorce, pues la situación será exactamente idéntica en ambos casos. A saber, las trabajadoras habrán percibido la prestación de maternidad y al reincorporarse no generarán incentivos hasta que haya transcurrido el primer mes de actividad laboral. Por consiguiente, en todo caso, habrán debido utilizar las seis semanas obligatorias y añadir - o no- las ocho restantes por delante o por detrás del parto.

**5.** Las notas características del permiso de maternidad que venimos poniendo de relieve pueden extrapolarse a la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo. También aquí nos encontramos ante una causa exclusivamente femenina y sobre la que igualmente recaen ciertas notas de imperatividad en la medida que la situación de baja -y por consiguiente alejamiento de la actividad laboral- deriva de las obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos. Así, el art. 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL ) obliga al empresario a adoptar las medidas oportunas de adaptación cuando las trabajadoras en situación de embarazo estén expuestas a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o en la del feto, de forma tal que, cuando tales medidas no resultasen posibles, las trabajadoras pasarán a ser recolocadas y, finalmente -y a raíz de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre-, de resultar imposible tal recolocación, se impone la necesidad de suspensión del contrato de trabajo «durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado».

### **Tercero.**

**1.** Resulta palmario, por tanto, que las dos situaciones analizadas afectan de modo exclusivo a las mujeres, por razón precisamente de su sexo. Por consiguiente, la cuestión de las consecuencias que sobre las condiciones de trabajo pueden derivarse de la circunstancia de que una trabajadora se halle de baja por cualquiera de dichas situaciones exige necesariamente un examen de la salvaguarda de su derecho a la no discriminación.

2. Y tal análisis ha de hacerse partiendo del marco normativo constitucional interno, así como del Derecho de la Unión Europea en el que, asimismo, la igualdad de mujeres y hombres constituye un derecho fundamental de rango constitutivo ( arts. 2 y 3.3 del Tratado de la Unión - TUE -, arts. 8 , 153 y 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión - TFUE -, y arts. 21 y 23 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea -CDFUE-), del que, con carácter de derecho derivado se ocupan de la regulación específica de esta materia, particularmente la Directiva 76/207 , 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, modificada por la Directiva 2002/73 y hoy sustituida por la Directiva 2006/54 (refundición); y la Directiva 92/85, relativa a la aplicación de medidas de seguridad para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

3. La igualdad entre mujeres y hombres y el derecho a la no discriminación por razón de sexo que se plasma en el art. 14 de nuestra Constitución , tiene desarrollo específico en la citada LOIMH y, en relación al contrato de trabajo, está asimismo consagrada en el art. 17.1 del Estatuto de los trabajadores (ET ), cuando señala que «Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta ...por razón de sexo...»

Por lo que afecta a la concreta situación del ejercicio de un derecho concreto, como es el del permiso de maternidad, el art. 8 LOIMH señala que «constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad». A ello cabe añadir que el art. 15 de la Directiva 2006/54 -con texto idéntico al art. 2.7 de la Directiva anterior-, establece que «La mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia».

Se trata de un precepto que, por contener disposiciones suficientemente claras, precisas e incondicionales, posee efecto directo, según ha declarado de manera expresa el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 6 marzo 2014 (Asunto Napoli, C-595/12 ). Ello elimina cualquier duda sobre la posibilidad de su aplicación en todo caso.

4. Por su parte, la jurisprudencia constitucional española ha establecido las pautas del análisis judicial de las denuncias de discriminación, sosteniendo que el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato denunciada tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, como si se tratara de un problema relativo a la cláusula general de igualdad, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE ( STC 145/1991 , 286/1994 , 182/2005 y 66/2014 ). Añadiendo que «incluso si concurriera causa legal, la libertad empresarial no alcanza a la producción de resultados institucionales (por todas, STC 87/2004, de 10 de mayo , F. 2), y que no es admisible una minusvaloración o perjuicio en las condiciones de trabajo inmediatamente asociado a la maternidad, al constituir una discriminación directa por razón de sexo ( art. 14 CE )».

El TC ha abundado en la amplitud de la protección de la mujer trabajadora indicando que ésta «...no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando al mismo tiempo todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado» ( STC 17/2003 ).

5. En el presente caso resulta acreditado que las trabajadoras que pasan a la situación de baja por maternidad o riesgo durante el embarazo ven alteradas sus retribuciones en el momento de su reincorporación, pues no perciben incentivos hasta que no vuelven a transcurrir los periodos necesarios para su devengo, computados sólo desde la fecha de dicha reincorporación. Ni siquiera consta que se tenga en cuenta al efecto la situación que quedó fijada en el momento en que iniciaron la baja, de suerte que cabría decir que a dichas trabajadoras se las considera como ausentes hasta la fecha de su reincorporación.

Tal consecuencia implica una discriminación directa y es contraria al derecho al mantenimiento y preservación de sus condiciones de trabajo y penaliza el ejercicio del derecho a la protección por maternidad, limitando, por tanto, la plenitud del mismo.

Como poníamos de relieve en la STS/4ª de 31 marzo 2015 (rcud. 1505/2014 ), «Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia [añádase cuidado de hijos menores], hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como

consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante - junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales...»

#### **Cuarto.**

1. Cabe plantearse, finalmente si, en el caso de la baja por maternidad, la apreciación de discriminación podría ser enervada con la afirmación de que también los progenitores varones, bien por adopción o acogimiento, bien por cesión del permiso de maternidad, pueden verse afectados en la misma medida que lo son las trabajadoras mujeres.

Pues bien, resulta que la prohibición de discriminación alcanzaría también a éstos por cuanto las medidas de protección del ejercicio de los deberes parentales se configuran como instrumentos de corresponsabilidad familiar que actúan de mecanismos activos de igualdad de mujeres y hombres (así se plasma en el art. 16 de la Directiva 2006/54 , que extiende la misma consecuencia establecida en el art. 15). Y es que la consecución de la igualdad efectiva, tal y como persigue la LOIMH y se plasmaba ya en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999 , pasa, no solo por el reconocimiento de derechos de maternidad en sentido estricto, sino por la eficaz implantación de instrumentos de equiparación en el ámbito de la vida familiar, como reequilibrio de la desigualdad histórica.

2. Cabe añadir que resulta un hecho indiscutiblemente notorio el que en nuestro país sigue siendo absolutamente mayoritario el uso de estos permisos por parte de las mujeres, lo que nos llevaría a sostener que, aun si se afirmara la neutralidad de la medida, en todo caso, la discriminación femenina se produciría por vía indirecta, por ser las mujeres las perjudicadas en un número mucho mayor que los hombres.

3. En consecuencia, para evitar toda discriminación y garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, los trabajadores que se hayan acogido a un permiso parental no pueden estar en una posición de desventaja con respecto a los trabajadores que no se hayan acogido a tal permiso. Y, para que tal situación desfavorable no se produzca, no puede exigirse la presencia física de los trabajadores en el mes anterior al del abono de los incentivos, pues es éste un requisito que la situación de permiso hace imposible.

Nuestra respuesta al caso es congruente con la solución que se daba en la STS/4ª de 27 mayo 2015 (rec. 103/2014 ), en donde también estaba en liza la cuestión del tratamiento de los periodos de baja por maternidad como ausencias que no devengaban ulteriores bonificaciones variables por incentivos.

4. Procede, por tanto, la estimación del recurso y la revocación de la sentencia recurrida. Ello comporta la estimación de la pretensión principal en que se concreta la demanda, por lo que declaramos contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal así como la baja por riesgo de embarazo a los efectos de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos, así como el derecho de los afectados a las diferencias retributivas que de ello se deriven.

5. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.2 LRJS no procede la imposición de costas.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

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

Estimar el recurso de casación interpuesto por la Confederación Sindical de CCOO-A contra la sentencia dictada el 4 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en recurso de suplicación nº 3/2015 seguido a instancia de la Confederación sindical de CCOO-A frente a CATSA, CGT, UGT y el Ministerio Fiscal.

Casar y anular la citada sentencia y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar la demanda declarando contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal así como la baja por riesgo de embarazo a los efectos de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos, así como el derecho de los afectados a las diferencias retributivas que de ello se deriven. Sin costas.

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



Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahún hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia de la misma, 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.

RTSS. CEF