

**Complementos retributivos vinculados al trabajo efectivo, periodos de suspensión de contrato por razones de maternidad y paternidad, y prohibición de discriminación por razón de sexo**

**STS-SOC núm. 589/2019, de 16 de julio**

**María Antonia Castro Argüelles**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*

**Resumen:** *La STS 589/2019 considera contraria al principio de igualdad y no discriminación la práctica empresarial de no computar como tiempo trabajado, a efectos de acceder a un complemento retributivo, los periodos de suspensión del contrato por maternidad, paternidad, riesgo durante embarazo y riesgo durante lactancia natural, cualquiera que sea el sexo del trabajador perjudicado.*

**Palabras clave:** *Permiso de maternidad, permiso de paternidad, adopción, riesgo durante embarazo y lactancia natural, salario, igualdad y no discriminación por razón de sexo.*

**Abstract:** *The Judgment of the Supreme Court 589/2019 It considers contrary to the principle of equality and non-discrimination the business practice of not counting as time worked, in order to access a remuneration supplement, the periods of suspension of the contract for maternity, paternity, adoption, risk (to health and safety) during pregnancy or breastfeeding, whatever the sex of the affected worker.*

**Keywords:** *Maternity leave, paternity leave, adoption, risk (to health and safety) during pregnancy or breastfeeding, salary, equality and non-discrimination based on sex.*

---

**I. Introducción**

La cuestión que trata la STS 589/2019, de 16 de julio, rec 69/2018, es si es contraria al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo la práctica empresarial de excluir como horas efectivamente trabajadas las ausencias de los trabajadores (controladores aéreos) por causa de maternidad, paternidad, riesgo durante embarazo, riesgo durante lactancia natural, adopción o acogimiento, a efectos del cómputo de un complemento económico variable, previsto en convenio, que se abona por la realización de más de 1200 horas anuales de trabajo. Las dudas surgen porque se trata de una práctica que puede afectar por igual a todas las personas trabajadoras que se ausentan del trabajo por esos motivos, con independencia de su sexo.

El tema de fondo había sido abordado, en sentencias precedentes (STS de 27 de mayo de 2015, rec 103/2014, y STS 10/2017, de 10 de enero, rec 283/2015), respecto de otros complementos económicos variables. Lo que ahora hace el TS, en la sentencia 589/2019, es extender la solución alcanzada en esas sentencias, a propósito de las suspensiones de contratos por maternidad y riesgo durante lactancia,

a todos los permisos parentales, cualquiera que sea el sexo del titular del derecho. En definitiva, se trata de impedir que las personas trabajadoras que se hayan acogido a alguno de esos permisos puedan quedar en una posición de desventaja frente a los trabajadores que no hayan estado en esa situación, a la hora de acceder a un complemento retributivo. Para el TS esa situación de desventaja constituye una discriminación que se ha de evitar si se quiere garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

## II. Identificación de la resolución judicial comentada

**Tipo de resolución judicial:** sentencia

**Órgano judicial:** Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

**Número y fecha de la sentencia:** sentencia núm. 589/2019, de 16 de julio.

**Tipo y número de recurso:** Recurso de Casación núm. 69/2018.

**ECLI:** ES:TS:2019:2778.

**Fuente de consulta:** CENDOJ.

**Ponente:** Excma. Sra. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga.

**Votos particulares:** carece.

## III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema suscitado se centra en determinar si es contraria a derecho la práctica empresarial de no computar como horas efectivamente trabajadas, a efectos de devengo del Complemento Personal de Adaptación Variable (en adelante CPAC), las ausencias de los controladores aéreos por suspensión del contrato por maternidad, paternidad, riesgo durante embarazo, riesgo durante la lactancia natural, adopción o acogimiento. Según el convenio colectivo, el citado complemento se abonará por la realización de más de 1200 horas anuales.

Planteada demanda de conflicto colectivo, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestimó la demanda, absolviendo a la parte empresarial de todos los pedimentos contenidos en la misma, al entender que no se había acreditado que existiera una merma de retribuciones.

### 1. Hechos probados

El 9 de marzo de 2011 se publicó en el BOE el laudo arbitral, de 27 de febrero de 2011, por el que se establecía el texto del II convenio colectivo profesional de los controladores de tránsito aéreo en la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), actualmente ENAIRE. Por Acuerdo entre las partes negociadoras, de 17 de diciembre de 2015 (BOE de 21 de enero de 2016), la vigencia del convenio se amplió hasta el 31 de diciembre de 2020.

El art. 124 bis de este convenio incluye un complemento retributivo de naturaleza variable (CPAV), que a su vez se regula en el art. 141.1.3 bis del convenio, según el cual "... Su cuantía será proporcional al incremento de jornada real que realicen (los controladores aéreos) al año de conformidad con el Artículo 47...". De acuerdo con este precepto del convenio, la Empresa considera las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo en el embarazo o riesgo en la lactancia, adopción o acogimiento como ausencias al trabajo.

Los controladores aéreos de ENAIRE que suspenden su contrato para ejercer sus obligaciones parentales (maternidad, paternidad, riesgo en el embarazo, riesgo en la lactancia, adopción o acogimiento) no devengan durante dichos periodos cantidad alguna por el mencionado complemento, que solo empiezan a cobrar a partir del mes inmediatamente posterior a su reingreso y en función de los servicios laborales efectivamente prestados a partir de tal reincorporación.

La adecuación a derecho de esta práctica empresarial fue tratada en la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Conciliación y Arbitraje del Convenio, el 17 de octubre de 2017, sin que se alcanzara ningún acuerdo.

## 2. La sentencia recurrida

Planteada demanda de conflicto colectivo la parte demandante solicitó se declarase contraria a derecho la práctica empresarial consistente en no computar como horas efectivamente trabajadas, a los efectos de devengo del citado CPAV, las ausencias de los controladores aéreos por causa de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, adopción o acogimiento. Se pretendía asimismo que se reconociera el derecho de los afectados al abono de las diferencias retributivas que de esa declaración se derivasen.

El Abogado del Estado, en defensa de ENAIRE, se opuso a la demanda solicitando se dictase sentencia desestimatoria de la misma. Con carácter procesal y con cita de la SAN 4/2018, esgrimió la excepción de inadecuación de procedimiento, por cuanto entendía que con la demanda se estaba intentando obviar por ilegal el contenido del art.141.1.3.bis del convenio de aplicación. En cuanto al fondo defendió que con el referido complemento se retribuyen horas efectivamente trabajadas, como ha puesto de manifiesto reiterada doctrina judicial (salas de lo social de TSJ y juzgados de lo social), por lo que por los periodos de tiempo en que no existe efectivamente prestación de servicios, no existe obligación de retribuir tal complemento.

La SAN recurrida -después de descartar las objeciones de carácter procesal, al considerar que se trataba de una pretensión que resultaba perfectamente encauzada a través de la modalidad procesal de conflicto colectivo- entendió ajustado a Derecho que el controvertido complemento no se devengase ni se retribuyera durante aquellos periodos de tiempo en los que el contrato de trabajo se encuentra suspendido, dado que el salario es la retribución devengada por la prestación de servicios. Según la AN la solución contraria daría lugar a un enriquecimiento injusto del trabajador en cuestión ya que durante los referidos periodos causaría derecho a percibir las prestaciones reguladas en los arts.177 y ss. del TRLGSS, concebidas como rentas de sustitución para paliar la pérdida de rentas del trabajo que la concurrencia de las causas de suspensión del contrato de trabajo previstas en el art. 45.1 d) ET ocasionan.

A partir de estos razonamientos, la AN concluyó que en el presente caso no se había acreditado que existiera una merma en las retribuciones de los controladores aéreos que se incorporaban a su puesto de trabajo, una vez finalizados los denominados descansos parentales, respecto de las de aquellos trabajadores que no habían causado tales situaciones de suspensión de su contrato de trabajo; a diferencia de lo que había sucedido en los supuestos contemplados en las SSTS de 10 de enero de 2017, rec 283/2015, y de 27 de mayo de 2015, rec 103/2014; lo que explicaba que la doctrina de estas no resultase aplicable al presente caso.

## IV. Posición de las partes

Contra la SAN, la Unión Sindical de Controladores Aéreos interpone recurso de casación por cuanto considera que había quedado suficientemente acreditado que al haberse excluido los periodos de descanso por maternidad, paternidad, riesgo durante lactancia y durante embarazo, adopción y acogimiento, del cómputo de la jornada anual, durante embarazo y lactancia, los trabajadores habían percibido, al final del año, una retribución inferior al resto de los controladores aéreos.

El recurso se fundamenta en tres motivos, aunque uno de ellos formulado con carácter subsidiario. En primer lugar, con amparo en el artículo 207 c) de la LRJS, se denuncia infracción por inaplicación de los artículos 85.6 y 96.1 de la LRJS. Subsidiariamente, al amparo del artículo 207 d) de la LRJS, se solicita la adición de un inciso final al hecho probado tercero (de manera que en la redacción del mismo se incluya una referencia expresa a que lo relatado supone una) *“situación que constituye una merma de sus retribuciones respecto de las de aquellos trabajadores que no han*

causado tales situaciones de suspensión de su contrato de trabajo". En tercer, lugar, con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS se denuncia infracción del artículo 47.2 del II Convenio Colectivo de los controladores de tránsito aéreo en ENAIRE, en relación con el artículo 141.1.3 bis del propio convenio; inaplicación de los artículos 15 y 16 de la Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, del artículo 14 de la Constitución Española, de los artículos 3, 6 y 8 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres, de los artículos 4.2 c ), 17 y 48.4 del ET; e inaplicación de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sentencias de 10 de enero de 2017, rec 283/2015 y 27 de mayo de 2015, rec 103/2014.

El Abogado del Estado, por su parte, mantiene que el recurso debe ser inadmitido pues incluye las mismas cuestiones y argumentos que fueron aducidos en la instancia. Además, entiende que lo que se pretende es alterar la interpretación objetiva e imparcial del convenio colectivo, efectuada por la sentencia de instancia, lo que no es admisible en casación. Por último también señala como causa de inadmisibilidad el incumplimiento manifiesto e insubsanable de los requisitos para recurrir, en particular, de la debida corrección técnica del motivo del recurso ya que se mixtifica y omiten los requisitos técnicos de dos motivos o submotivos, que son de distinta naturaleza, como los amparados en las letras c) y d) del artículo 207 de la LRJS.

## V. Normativa aplicable al caso

- Artículos 5, 6 y 11 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

- Cláusula 2 Directiva 96/34/CEE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

- Artículo 15 y 16 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

- Artículo 14 Constitución Española.

- Artículos 3, 4, 5, 6, 8 y 44 de Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres.

- Artículos 4.2, 17, 45, 48 Estatuto de los Trabajadores.

- Artículo 26 Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

- Artículos 141 bis y 47 del II Convenio colectivo de los controladores de tránsito aéreo de la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea ENAIRE (BOE 9 de marzo de 2011).

## VI. Doctrina básica

- La suspensión del contrato por parto en las seis semanas posteriores al mismo es obligatoria, no se deja a voluntad de la trabajadora<sup>[1]</sup>.

- La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural también tiene carácter obligatorio. La obligatoriedad, en este caso, deriva de las normas que la regulan, de prevención de riesgos laborales, que tienen el carácter de derecho necesario mínimo indisponible, a tenor del artículo 2.2 de la LPRL y han de ser observadas tanto por el empresario (en virtud de lo dispuesto en el art. 15 y concordantes y más específicamente el 26 de la LPRL) como por la trabajadora (artículo 29 de la LPRL).

- La persona titular de los descansos en estos tres supuestos –excepto en el de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, en caso de fallecimiento de la madre- es la trabajadora. Por ello, excluir del cómputo de horas trabajadas, a los efectos del cobro de un complemento que sólo se devenga superadas las 1200 horas de trabajo, los periodos de suspensión del contrato por tales motivos supone un perjuicio vinculado a la maternidad, materializado en una disminución en el importe del citado complemento. Esta práctica empresarial constituye una discriminación directa por maternidad, de acuerdo con el artículo 8 de la LO 3/2007<sup>[2]</sup> y la doctrina del TC según la 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)<sup>[3]</sup>.

- Este razonamiento ha de condicionar la interpretación que se haga de los requisitos establecidos en los artículos 141.1 3 y 47 del II Convenio Colectivo de ENAIRE para acceder al complemento salarial objeto de controversia.

- La solución es plenamente aplicable a los supuestos de suspensión del contrato por maternidad, paternidad, adopción y acogimiento, en los que titulares del derecho ya no son únicamente las mujeres; de manera que la exclusión de dichos periodos de suspensión del contrato, a efectos del devengo del complemento salarial variable en función de las horas efectivamente trabajadas, también constituye una discriminación contraria a la normativa de la UE (entre otros, art. 16 de la Directiva 2006/54/CE) y a la normativa interna (entre otros, art. 44 LO 3/2007).

- Garantizar la igualdad de trato y oportunidades y evitar toda discriminación de la persona trabajadora que se ha acogido a alguno de los referidos permisos, frente a las que no los han utilizado, lleva a concluir que la práctica empresarial de no considerar dicho periodo como horas trabajadas, a efectos del devengo del complemento objeto de controversia, es discriminatoria.

## **VII. Parte dispositiva**

La STS 589/2019, de 16 de julio, estima el recurso de casación interpuesto, casa y anula la sentencia recurrida, declarando contraria a derecho la práctica empresarial consistente en no computar como horas efectivamente trabajadas, a los efectos del devengo del Complemento Personal de Adaptación Variable -CPAV- las ausencias al servicio de los controladores aéreos por causa de maternidad, paternidad, riesgo durante embarazo, riesgo durante lactancia natural, adopción o acogimiento, declarando el derecho de los afectados al abono de las diferencias retributivas que de ello hubieran podido derivarse.

## **VIII. Pasajes decisivos**

"(...) el periodo de suspensión del contrato de las trabajadoras -controladoras aéreas- por maternidad durante las seis primeras semanas, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural no computa como horas efectivamente trabajadas, a los efectos del devengo del CPAV, lo que acarrea una disminución en el importe del citado complemento...Tal práctica empresarial supone una discriminación directa por maternidad (...) contraria a la protección dispensada por el ordenamiento jurídico a la maternidad (...)" (FJ décimo.4).

"La solución alcanzada respecto al primer bloque de suspensiones de contratos examinadas –suspensión del contrato durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto por maternidad, suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural- es plenamente aplicable a estos supuestos"<sup>[4]</sup>. (FJ décimo primero.3).

"Por lo tanto, para garantizar la igualdad de trato y oportunidades y evitar toda discriminación de la persona trabajadora que se ha acogido a uno de los permisos parentales anteriormente examinados, respecto a las que no han utilizado tales

permisos, se ha de concluir que la práctica empresarial de no considerar dicho periodo como horas trabajadas, a efectos del devengo del complemento CPAV es discriminatoria” (último párrafo del fundamento jurídico décimo primero. 4).

## IX. Comentario

Una vez rechazadas las causas de inadmisión planteadas por el Abogado del Estado<sup>[5]</sup>, y desestimado el primer motivo -y submotivo- del recurso<sup>[6]</sup>, la cuestión se centra en decidir si es discriminatoria la práctica empresarial de no computar como horas efectivamente trabajadas los periodos de suspensión de los contratos relacionadas con la maternidad y paternidad, a efectos de decidir si se superan o no las 1200 horas anuales de trabajo necesarias para generar el complemento variable previsto en convenio. El problema, como la propia sentencia aclara, afecta al momento de reincorporación de los trabajadores a su puesto de trabajo, no a las cantidades percibidas durante la suspensión del contrato, ya que lo que se reclama es, precisamente, que tales periodos de suspensión se computen como horas trabajadas, a efectos del devengo del citado complemento.

Para abordar la cuestión, lo primero que hace la STS 589/2019 es distinguir los supuestos de suspensiones de contrato de que se trata, en atención a quién sea el titular del derecho, porque, al menos *a priori*, el planteamiento del problema que se ha de hacer parece que no puede ser exactamente el mismo en unos casos (suspensiones de contrato relacionadas con la maternidad en las que titular es siempre la mujer trabajadora) que en otros (suspensiones de contrato por maternidad/paternidad/adopción y acogimiento, en las que titular es cualquier persona trabajadora).

En concreto, los primeros supuestos de suspensión del contrato guardan una relación directa con el sexo de la persona titular del derecho, responden a razones de protección de la seguridad y salud de la trabajadora y por ello tienen carácter obligatorio, por lo que lo procedente es entrar a examinar si la práctica empresarial descrita, de no computar como tiempo de trabajo esos periodos de suspensión, constituye una discriminación por razón de sexo.

La respuesta del TS en este punto es clara. Si esa práctica empresarial supone un claro perjuicio, concretado en una disminución del importe del complemento personal de adaptación variable que perciben las trabajadoras una vez reincorporadas al trabajo, constituye una discriminación directa por maternidad, que vulnera los arts. 14 CE<sup>[7]</sup>, 1, 3, 4, 5, 6, 8 y 44 Ley orgánica 3/2007, 4 y 17 ET, y es contraria a la protección dispensada por normativa de la UE, que persigue garantizar la igualdad entre hombres y mujeres como derecho fundamental<sup>[8]</sup> y asegurar, entre otras garantías, que una vez finalizados los períodos de permiso relacionados con la maternidad, la trabajadora pueda, además de reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables, beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a que hubiera podido tener derecho durante su ausencia<sup>[9]</sup>.

Prescinde la sentencia de cualquier análisis de la concreta regulación que ofrece el convenio colectivo sobre el particular porque entiende que en el recurso no se está cuestionando la interpretación del convenio -como tampoco se cuestionaba en la demanda que dio lugar a la SAN recurrida-, sino la práctica empresarial consistente en no computar como horas efectivamente trabajadas, a los efectos de devengo del controvertido complemento, la suspensión de la prestación de servicios de las trabajadoras por causa de maternidad. En todo caso, el criterio sentado por el TS ha de condicionar la interpretación que se haga de los requisitos que establece el convenio colectivo de ENAIRE para acceder al CPAC<sup>[10]</sup>.

El TS considera plenamente aplicable al caso la doctrina de las SSTS de 27 de mayo de 2015, rec 103/2014, y 10/2017, de 10 de enero, rec 283/2015, en las que se examinaba la incidencia negativa que tenía sobre el acceso a determinados complementos retributivos -de las trabajadoras, en el recurso 103/2014, y de las

personas trabajadoras, en el recurso 283/2014-, la práctica empresarial de excluir del cómputo de días productivos las seis semanas de descanso obligatorio por maternidad (rec 103/2014) y las ausencias por baja maternal y riesgo durante el embarazo (rec 283/2015). La conclusión a la que se llegó en estos casos es que 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 hayan estado en esa situación (STS 10/2017, de 10 de enero). Por esta misma razón, la prohibición de discriminación por razón de sexo debe extenderse a los progenitores varones, en caso de que sean estos quienes se encuentren en situación de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento, “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”.

El mismo criterio mantiene la STS 589/2019 al extender la solución alcanzada respecto del primer bloque de suspensiones de contrato al segundo bloque de suspensiones por maternidad/paternidad/adopción y acogimiento a que tienen derecho las personas trabajadoras, cualquiera que sea su sexo. Las razones que se invocan para ello están en el tenor de los preceptos de las normas comunitarias que regulan el permiso parental y la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (Directiva 96/34/CE, Directiva 2006/54/CE) -que tratan de garantizar que, al término de los permisos, los trabajadores, hombres y mujeres, tengan derecho a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo que hubieren podido tener derecho de no haber interrumpido su trabajo-; a las que se añade el tenor del art. 44 y de la exposición de motivos de la LO 3/2017 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La discriminación en estos segundos supuestos de suspensión del contrato, cuando afectan al varón, no sería una discriminación directa por razón de sexo, conforme al art. 8 de la LO 3/2007; pero sí indirecta, al menos si se trae a colación el argumento de la STS 10/2017 según el que resulta un hecho indiscutiblemente notorio que en nuestro país sigue siendo absolutamente mayoritario el uso de estos permisos por parte de las mujeres, por lo que aunque la práctica empresarial cuestionada afecte a todos los trabajadores que ejercen sus derechos, con independencia de su sexo, y desde esa perspectiva pueda calificarse como neutra, las mujeres serán perjudicadas en un número mayor que los hombres. No obstante, este razonamiento debería incluir alguna salvedad respecto del permiso de paternidad, por más que haya podido ser disfrutado también por mujeres.

Las referencias concretas al art. 44 LO 3/2017 -“los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”- o a su exposición de motivos -“se reconoce el ejercicio de derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar”-, no han llevado, en ningún momento, a considerar que para los segundos supuestos de suspensión de contratos, en los que titular es la persona trabajadora con independencia de su sexo, pudiera hablarse de una discriminación (directa) por conciliación de la vida laboral y familiar o, si se prefiere, “por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE), relacionadas con su responsabilidad parental”<sup>[11]</sup>. Ha pesado, probablemente, que esa conciliación del cuidado de los hijos en los primeros meses de vida se sigue abordando (únicamente) como una estrategia para alcanzar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

## **X. Apunte final**

Ese objetivo de contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares, entre hombres y mujeres, y la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salarios, está presente en la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida

profesional de los progenitores y los cuidadores, que la STS 589/2019 no duda en incluir entre las razones que avalan la solución propuesta, aunque con la advertencia de que por razones cronológicas no resulta de aplicación. Con todo, esta referencia a la Directiva 2019/1158 se entiende por dos razones; de un lado porque el enfoque que esta norma mantiene coincide con el seguido por el TS, que como se ha visto ha abordado la solución del litigio desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación por razón de sexo; de otro lado, porque queda claro que a partir de la entrada en vigor de esta Directiva (a más tardar el 2 de agosto de 2022) “el disfrute por las personas trabajadoras de alguno de los derechos parentales anteriormente examinados no puede originarles un perjuicio en sus derechos económicos” (art. 1.4).

Por razones lógicas, puesto que no era de aplicación al litigio, la STS 589/2019 no hace ninguna referencia al cambio operado por el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, en el régimen de los descansos por maternidad y paternidad, que pasan a denominarse por nacimiento de hijo o hija y a equipararse en duración.

No obstante, cabe preguntarse si, a partir de este cambio normativo, sigue teniendo sentido la distinción de supuestos, en función del sexo del titular del derecho, de la que parte la STS 589/2019, al menos respecto del descanso obligatorio de seis semanas por nacimiento de hijo. De acuerdo con el criterio sentado por el TS, la repuesta parece que debe ser afirmativa mientras las mujeres continúen resultando perjudicadas en un número mayor que los hombres en el ejercicio de este descanso; lo que lamentablemente puede suceder si se tiene en cuenta que las consecuencias para los trabajadores (y empresarios) en caso de incumplimiento/renuncia a ese descanso obligatorio no van a ser las mismas en el caso de las madres biológicas, que en el resto de los supuestos. La obligatoriedad del descanso en el supuesto del otro progenitor o adoptante, que la norma fundamenta en el art. 68 Código civil, afecta fundamentalmente a la forma de disfrute del mismo. La renuncia al mismo no parece que acarree más consecuencias que la imposibilidad de acogerse al permiso en otro momento. Sin embargo, en el caso de la madre biológica la renuncia a ese descanso obligatorio sigue constituyendo un incumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo. Tal vez por ello, el RD Ley 6/2019 sigue compartiendo con la normativa precedente la idea de que “las personas trabajadoras, mujeres u hombres, tienen derecho a ejercer la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, quedando prohibido cualquier trato discriminatorio directo e indirecto por razón de sexo” (preámbulo).

---

## Referencias:

1. *^ Esa obligatoriedad deriva del art 3 del Convenio 103 de la OIT y del art. 48.4 ET.*
2. *^ Según el que constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*
3. *^ Con cita también de las SSTC 74/2008, de 23 de junio, FJ 2, y 92/2008, de 21 de julio, FJ 4.*
4. *^ En referencia a las suspensiones de contratos por maternidad, las diez semanas restantes, paternidad, adopción y acogimiento.*
5. *^ Para ello, entiende que el recurrente ha desarrollado los motivos del recurso interpuesto con correcto amparo procesal, alegando los preceptos que entiende vulnerados y en la forma en que lo han sido, sin que tal forma de proceder constituya una mera reiteración de lo ya alegado, sino el fundamento del recurso. En el relato de hechos probados se consignan los mismos hechos alegados por la parte actora en su demanda*

6. *^ En concreto, se rechaza infracción por inaplicación del artículo 85.6 y del 96.1 de la LRJS, y se rechaza igualmente que proceda la revisión pretendida ya que, en primer lugar, la parte no invoca el documento o documentos en los que fundamenta la revisión pretendida y, en segundo lugar, pretende la adición no de un hecho probado sino de una valoración jurídica de los hechos probados, por último la adición pretendida resulta predeterminante del Fallo.*
7. *^ En concreto en el FJ décimo.4 a propósito de la cláusula de no discriminación del art. 14 CE invoca abundante doctrina constitucional (por todas, SSTC 66/2014, de 5 de mayo, 233/2007, de 5 de noviembre, 21472006, de 3 de julio, 324/2006, de 20 de noviembre, 372007, de 15 de marzo), que obliga, cuando se invoque una diferencia de trato basada en las circunstancias que el art. 14 CE, a entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al 14 CE (STC 182/2005, de 4 de julio) ; y que ha llevado a extender la protección de la mujer más allá de la protección de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, o de sus relaciones con los hijos durante el período que sigue al embarazo y al parto, hasta el ámbito del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, afianzando todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora (STC 17/2003, de 30 de enero).*
8. *^ Artículos 2 y 3.3 del Tratado de la Unión Europea , artículos 8, 153 y 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y artículos 21 y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.*
9. *^ En concreto, en la sentencia comentada se incluyen referencias a los arts 5 y 11 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y 15 de la Directiva 2006/54/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).*
10. *^ Téngase en cuenta que a propósito de otro complemento retributivo variable, regulado en el mismo convenio colectivo de ENAIRE, ha vuelto a pronunciarse el TS en la STS 623/2019, de 11 de septiembre, en concreto, sobre un complemento de productividad cuya cuantía se veía reducida en el caso de los trabajadores en situaciones de reducción de jornada por guarda legal o cuidado directo de familiar; lo que para el sindicato recurrente suponía una vulneración de lo dispuesto en el convenio colectivo en relación con el art. 37.6 ET y 39 de la Constitución”. Sin embargo, la STS 623/2019, entiende que la reducción de ese complemento salarial y el perjuicio que ello puede suponer no excede del efecto previsto legalmente, pues la “disminución proporcional del salario”, de que habla el art. 37.5 ET, afecta tanto al salario base como a los complementos salariales ligados a la duración de la jornada. Adviértase que en esta ocasión nadie consideró que estuviera comprometido ni el art. 14 CE ni el art. 44 LO de igualdad.*
11. *^ Téngase en cuenta la STC 26/2011, de 14 de mayo, que a propósito de otro derecho, el de adaptación de la jornada, no dudó en invocar el derecho fundamental del recurrente (varón) a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE), relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE).*