

Sentencia A.N. 161/2011, de 23 de noviembre

RESUMEN:

La exclusión de las seis semanas de descanso obligatorio posteriores al parto del cómputo necesario a efectos de poder percibir una retribución variable constituye una discriminación por razón de sexo. Una medida empresarial que otorga peor derecho a las trabajadoras que tienen su contrato suspendido por maternidad constituye una discriminación por razón de sexo, más grave todavía cuando se alude a las seis semanas posteriores al parto, a las que el legislador otorga un perfil obligatorio, alejándolo del puro derecho de ejercicio absolutamente opcional para la madre

(ILJ 1425/2011)

Sala de lo Social

Secretaría de D.ª GEMA QUINDOS SANCHEZ

SENTENCIA N.º: 0161/2011

*Fecha de Juicio:*22/11/2011

*Fecha Sentencia:*23/11/2011

Fecha Auto Aclaración:

*Núm. Procedimiento:*0000208/2011

*Tipo de Procedimiento:*DEMANDA

Procedim. Acumulados:

*Materia:*CONFLICTO COLECTIVO

Ponente IÍma. Sra.:D.ª MARIA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

Índice de Sentencias:

Contenido Sentencia:

*Demandante:*FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS

Codemandante:

*Demandado:*IBERMATICA, S.A., FES-UGT Y ELA-STV

Codemandado:

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

Pretendiéndose que se declare el derecho de las trabajadoras a que las seis semanas de descanso obligatorio posteriores al parto les sean computadas como jornadas productivas a los efectos del Plan de Incentivos para 2010, y les sean abonadas las diferencias retributivas, se estima la demanda por considerar que se la exclusión supone una discriminación por razón de sexo en los términos del art. 8 LO 3/2007.

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Social

*Núm. de Procedimiento:*0000208 / 2011

*Tipo de Procedimiento:*DEMANDA

Índice de Sentencia:

Contenido Sentencia:

*Demandante:*FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS

Codemandante:

Demandado: IBERMATICA, S.A., FES-UGT Y ELA-STV

Ponente IIma. Sra.: D.^a MARIA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

SENTENCIA N.º: 0161/2011

IImo. Sr. Presidente:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D.^a MARIA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

Madrid, a veintitres de noviembre de dos mil once.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NO MBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento 0000208/2011 seguido por demanda de FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS contra IBERMATICA, S.A., FES-UGT Y ELA-STV sobre conflicto colectivo. Ha sido Ponente la IIma. Sra. D.^a MARIA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-Según consta en autos, el día cinco de octubre de dos mil once se presentó demanda por FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS contra IBERMATICA, S.A., FES-UGT Y ELA-STV sobre conflicto colectivo

Segundo.-La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 22 de noviembre de dos mil once para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosíes de prueba

Tercero.-Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto.-- Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 del Real Decreto Legislativo 2/95, de 27 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, debe destacarse que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

La Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras (en adelante CCOO) se ratificó en el contenido de su demanda, explicando que en la empresa existía un plan de retribución por objetivos en función de los días de trabajo efectivo y que no se estaban computando como días trabajados los comprendidos en las seis semanas posteriores al parto en caso de suspensión del contrato por maternidad, lo que suponía una discriminación directa por razón de sexo vulneradora del art. 14 de la Constitución, así como del art. 8 de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

FES-UGT se adhirió a la las alegaciones de CCOO.

La empresa demandada solicitó la íntegra desestimación de la demanda, negando que existiera discriminación alguna. Señaló que se trataba de una retribución variable establecida por la empresa a partir de 2010 como vinculada a objetivos, adicional a la que los trabajadores percibían por Convenio e incluso adicional al complemento personal extraconvenio que también venían cobrando. Esta retribución variable se devengaba en función de la asistencia, computando a tal efecto el número de "jornadas productivas", entendiendo por éstas las facturables, las dedicadas a formación de actividad comercial, las de soporte preventiva y las dedicadas a funciones representativas del comité de empresa. En caso de superar las 180 jornadas productivas, se tenía derecho al 100% de la cuantía prefijada anualmente; de no alcanzarse ese número pero superando las 135 jornadas productivas, el 50%; y por debajo de las 135 jornadas productivas, el 0%. Subrayó que las reglas de cómputo de jornadas productivas eran las mismas tanto para las trabajadoras como para los trabajadores, lo que descartaría, a juicio de la empresa, una discriminación indirecta. Indicó que además de estos requisitos se exigía, para cobrar la retribución variable, estar en plantilla a 31 de diciembre de 2010 y dar la conformidad por escrito al resumen de jornadas productivas. Alegó

igualmente que este concepto no era percibido por todos los trabajadores de la empresa sino sólo por los pertenecientes a un concreto Departamento de los centros Norte, Madrid y Cataluña, de modo que afectaría exclusivamente a 1074 empleados, entre los más de 3000 de la empresa.

Continuó la demandada razonando que, siendo la jornada anual de trabajo en la empresa de 1720 horas, incluso no computando las jornadas incluidas en las seis semanas post-parto (6 semanas por 5 días laborales cada una: 30 jornadas) las trabajadoras podían alcanzar las 192 jornadas productivas, de modo que cobrarían el 100% del concepto retributivo. Por último, indicó en apoyo de su posición que durante la maternidad el contrato de trabajo se suspendía, no correspondiendo el abono de salario alguno durante dicho período.

Quinto.-- De conformidad con lo dispuesto en el art. 85.5 del RDL 2/95, de 27 de abril, se precisa que el hecho señalado como controvertido fue exclusivamente el siguiente: Si este concepto retributivo lo percibían todos los trabajadores o sólo los pertenecientes al Departamento de Producción, Infraestructura y Cia de los centros Norte, Madrid y Cataluña.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS**Primero.-**La Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras, sindicato con implantación en la empresa demandada, está integrada en la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, organización sindical con la consideración de más representativa a nivel estatal.

Segundo.-La empresa demandada cuenta con centros de trabajo y trabajadores afectados por el presente conflicto en un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma.

Tercero.-La empresa demandada rige sus relaciones por un Convenio Colectivo de ámbito empresarial, publicado en el BOE de 23 de julio de 2010, para los años 2010, 2011 y 2012.

Cuarto.-La empresa demandada estableció para el año 2010 una retribución variable extra convenio que consiste en un plan de incentivos vinculado al número de jornadas productivas realizadas en cómputo anual, de tal forma que:

a) Si el número de jornadas productivas es superior a 180, el importe a percibir por el trabajador es el 100% de la retribución variable prefijada.

b) Si el número de jornadas productivas efectuadas por el trabajador está entre 135 y 180, el trabajador percibe el 50% del importe de la retribución variable prefijada.

c) Si el número de jornadas productivas es inferior a 135 al año, el trabajador no percibe retribución alguna por este concepto.

Se consideran jornadas productivas las facturables, las dedicadas a formación de actividad comercial, las de soporte preventa y las dedicadas a funciones representativas del comité de empresa.

Quinto.-Para el cálculo de las jornadas productivas realizadas en orden a cobrar el porcentaje correspondiente del concepto retributivo, no se computan las incluidas en las seis semanas inmediatamente posteriores al parto que el art. 48.4 ET regula como de descanso obligatorio para la madre.

Sexto.-Las seis semanas posteriores al parto equivalen a 30 jornadas diarias de trabajo, de modo que restarían otras 192 que, de realizarse, posibilitarían el acceso al 100% del complemento variable.

Séptimo.-Con fecha 26 de septiembre de 2011 se celebró acto de mediación ante el SIMA con resultado de falta de acuerdo.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-- De conformidad con lo prevenido en el artículo 97.2 del TRLPL los hechos declarados probados se han deducido de las pruebas siguientes:

a) El primero, el quinto y el sexto no resultaron controvertidos, reputándose conformes según lo dispuesto en el art. 87.1 LPL.

b) El segundo tampoco fue controvertido, y se desprende en cualquier caso del documento núm. 5 del ramo de prueba de la parte demandada, reconocido de contrario.

c) El tercero consta en el Boletín Oficial citado, aportado en sus respectivos ramos de prueba por las partes.

d) El cuarto no fue controvertido, y se deduce de los documentos núm. 6, 7, 9, 10, 12, 13, 15, 16, 18, 19, 21, 22, 24, 25, 27 y 28 del ramo de prueba de la empresa.

e) El séptimo se deduce del acta de mediación que obra en autos.

Segundo.-La cuestión a dirimir es si resulta ajustado a Derecho que para el cómputo de las jornadas productivas en orden a percibir la retribución variable fijada de acuerdo con las mismas, no se computen los días de trabajo comprendidos en las seis semanas inmediatamente posteriores al parto que disfrutaron las trabajadoras por razón de la suspensión del contrato por maternidad.

Veamos los elementos en presencia:

El art. 14 de la Constitución proscribire la discriminación por razón de sexo, y la LO 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres consagra en su art. 3 el principio de igualdad entre hombres y mujeres, que define como "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". El art. 6 de esta misma norma precisa el alcance de los términos discriminación directa y discriminación indirecta, y el art. 8 califica sin ambages como "discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo y la maternidad."

Es sabido que en este punto la Ley Orgánica de Igualdad está inspirada, sobre todo, en el Derecho Comunitario y su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Así, el art. 2.1.7. de la Directiva 2002/73 /CE establece que un trato menos favorable dispensado a una mujer en razón de su embarazo o su permiso de maternidad constituye discriminación, y el art. 4.1.a) de la Directiva 2004/113 /CE dispone que la discriminación por embarazo o maternidad constituyen supuestos de discriminación directa por razón de sexo. Ya desde antes la Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo había venido afirmando que el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituía discriminación directa por razón de sexo [SSTJCE 13-2-96 (Asunto C-342/93), 30-4-98 (Asunto C-136/95), 4-10-01 (Asunto C-438/99), 30-3-04 (Asunto 147/02), 18-11-04 (Asunto C-284/02) y 16-2-06 (Asunto C-294/04)].

Nuestro Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la cuestión, concluyendo que "la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también 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 incide en exclusiva sobre las mujeres" (SSTC 173/1994, 136/1996, 20/2001, 41/2002, 17/2003, 98/2003, 182/2005, 214/2006, 324/2006, 342/2006, 3/2007 y 17/2007). "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)

Tercero.-En aplicación de la legislación y doctrina judicial expuestas, resulta evidente a esta Sala que la trabajadora no puede verse perjudicada en sus derechos laborales con motivo de su condición maternal, so pena de sufrir una discriminación por razón de sexo.

Resulta ilustrativa, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional que consideró discriminatoria la decisión del INEM de suspender la demanda de empleo de una trabajadora durante el período obligatorio de su descanso por maternidad, impidiendo con ello su inclusión en la lista de candidatos seleccionados para la cobertura de una oferta de empleo cuyos requisitos satisfacía y perjudicando así sus posibilidades de acceso al mercado de trabajo (STC 214/2006). También merece la pena llamar la atención sobre un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas según el cual una trabajadora que mantiene vigente su contrato de trabajo durante el permiso de maternidad, debe disfrutar, incluso de modo retroactivo, del aumento salarial que haya tenido lugar entre el comienzo del período cubierto por el salario de referencia y el final del descanso de maternidad, como cualquier otro trabajador; puesto que si no hubiese estado embarazada habría percibido el incremento salarial [STJCE de 30-3-04 (Asunto C-147/02)]. Este mismo Tribunal advierte, con similar razonamiento, que el principio de no discriminación impide privar a una trabajadora en descanso por maternidad del derecho a ser objeto de una calificación anual a efectos de una promoción profesional [STJCE 30-4-98 (Asunto C-136/1995)].

Como las partes saben porque ambas hicieron referencia a ello en el juicio, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó una sentencia apreciando discriminación por razón de sexo en un caso de pérdida de una retribución por objetivos por ausencias al trabajo, al no computarse como trabajados los días de ausencia motivados en una incapacidad temporal por amenaza de aborto (STSJ Cataluña 25-5-10, AS 2010/1700). En opinión de esta Sala el caso es similar, en lo esencial, al que aquí se dirime, puesto que se trata de una retribución variable fijada en función del trabajo efectivo, y las ausencias de la trabajadora tienen relación directa con su situación de maternidad, sin que la naturaleza de la cobertura jurídica de estas últimas aporte una diferencia relevante.

Cuarto.-Por otro lado, no hay que olvidar que en el caso enjuiciado no hablamos del disfrute del descanso en su integridad, sino que la demanda se plantea exclusivamente respecto de las seis semanas posteriores al parto.

El art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores establece que, "en el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas (...). El período de suspensión se distribuirá a opción de la

interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto (...)." Un poco más adelante el precepto alude a "las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre".

Por tanto, nos situamos en un escenario en el que, dentro del período suspensivo por razón de maternidad biológica, las seis semanas que siguen al parto se configuran literalmente por el legislador como "descanso obligatorio", en atención a la necesidad de recuperación física que presenta la madre. (De "descanso puerperal obligatorio" que ha de ser "tomado obligatoriamente después del parto" con la duración que fije la legislación nacional pero nunca inferior a seis semanas, habla el art. 3 del Convenio 103 de la OIT, sobre la protección de la maternidad).

Habiendo concluido que una medida empresarial que otorga peor derecho a las trabajadoras que tienen su contrato suspendido por maternidad constituye una discriminación por razón de sexo, con más razón habrá que insistir en tal sentido cuando se alude a las seis semanas posteriores al parto, a las que el legislador otorga un perfil obligatorio, alejándolo del puro derecho de ejercicio absolutamente opcional para la madre.

Quinto.-Las alegaciones empresariales no desvirtúan nuestra conclusión favorable a la estimación de la demanda.

El argumento de que el criterio de cómputo de las jornadas productivas se aplica por igual a hombres y mujeres, cae por su propio peso, ya que está claro que son exclusivamente estas últimas quienes tendrán opción a disfrutar el descanso de seis semanas posteriores al parto.

El que la norma permita la distribución del período de descanso con el otro progenitor no añade ni quita nada a lo expresado, dado que el art. 48.4 ET excluye expresamente de semejante reparto las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, que son sobre las que aquí se debate.

El que las trabajadoras, aún descontadas las jornadas incluidas en esas seis semanas, puedan optar a trabajar las suficientes como para alcanzar el 100% del complemento variable, no impide apreciar la merma en sus derechos, ya que cuentan con un margen de ausencias muy inferior (seis semanas inferior, concretamente) al del resto de empleados de la empresa que perciben el complemento.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras, contra la empresa Ibermática, S.A., FES-UGT y ELA-STV, sobre conflicto colectivo, y declaramos el derecho de las trabajadoras de la empresa demandada que por razón de nacimiento de hijo han estado en situación de descanso obligatorio de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, a que dicho período les sea computado como jornadas productivas, a los efectos del Plan de incentivos 2010, y declaramos asimismo el derecho de dichas trabajadoras a que les sean abonadas las diferencias retributivas que en perjuicio de las mismas hubiera podido ocasionar la decisión de no computar como jornadas productivas el período citado.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de DIEZ DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 300 Euros previsto en el art. 227 de la Ley de Procedimiento Laboral, en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en Banesto, Sucursal de la calle Barquillo 49, con el n.º 241900000020811.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.