

## 07.17 Circular Informativa

### NOVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREM SOBRE LA RETRIBUCIÓ DE LES GUÀRDIES EN CAS D'ADAPTACIÓ DE JORNADA PER MOTIU DE PREVENCIÓ DE RISCOS LABORALS DURANT L'EMBARÀS I LA LACTÀNCIA NATURAL

La Sala 4ª del Tribunal Suprem ha dictat sentència en unificació de doctrina (S 24-1-2017, núm. 43/2017; Rec. 1902/2015. Ponent Mª Lourdes Arastey) per la qual declara:

- *“l'existència d'una vulneració del dret d'igualtat i no discriminació de l'actora (una MIR), la nul·litat radical de la conducta de la demandada (Servei Madrileny de Salut) consistent en la minoració retributiva durant el període afectat **per l'adaptació del lloc de treball** (la negreta i el subratllat són nostres) i ordenar el restabliment del seu dret mitjançant la condemna a l'empresa a l'abonament de la suma de 1.339,03 € mensuals pel període que es va mantenir en aquella situació, així com a la suma de 6.251 € en concepte d'indemnització per danys morals”. Fins aquí la decisió del Tribunal Superior.*

Els fets van ser els següents: l'actora MIR de primer any va sol·licitar l'adaptació del seu lloc de treball per embaràs i a conseqüència de la seva adaptació va deixar de fer guàrdies fins que va iniciar el permís de maternitat. Després quan es va reincorporar va sol·licitar de nou l'adaptació durant la lactància. El nucli de la controvèrsia és la minoració de la retribució derivada del seu estat de gestació i després de la seva condició de mare d'un lactant en uns períodes en què no va existir interrupció de la prestació de serveis.

Després d'analitzar la jurisprudència del TJUE i concloure que:

- *“Conforme a l'article 11.1 de la Directiva 92/58 la remuneració de la treballadora que s'ha de mantenir durant un trasllat provisional a un lloc diferent del que ocupava abans de la seva situació (de gestació) no pot ser inferior en qualsevol cas al qual es paga als treballadors que ocupen un lloc de treball com el que provisionalment s'ha assignat...que tindrà dret als components de la remuneració i als complements inherents al lloc...” També “tindrà dret a cobrar els complements inherents a la seva condició professional...” però **“no podrà exigir que se li mantinguin, durant aquesta destinació provisional, els complements que depenguin de l'exercici per la treballadora de funcions específiques en condicions singulars i que tendeixen en essència a compensar els inconvenients inherents a aquest exercici.”***

- “Per al TJUE no hi ha una obligació absoluta de mantenir la totalitat de la retribució de les treballadores durant el període maternitat sempre que l’import pagat no sigui mínim fins a l’extrem de comprometre l’objectiu del permís de maternitat”.

Com el dret europeu no dóna la resposta pretesa pel Tribunal Superior aquest repara en el dret nacional, en particular l’article 26 LRPL i després d’asseverar que **“no existeix una norma legal o convencional que assegurí el manteniment de l’import de les guàrdies no realitzades durant el període afectat per la situació d’adaptació del lloc de treball”**, l’Alt Tribunal reflexiona sobre els efectes que provoca en la retribució de la treballadora tenint en compte el marc de protecció del nostre ordenament jurídic a les situacions de risc durant l’embaràs i la lactància.

La Llei espanyola dóna tres graus de protecció:

1. Adaptació de les condicions o del temps de treball
2. Canvi de lloc o funció
3. Suspensió del contracte

I arriba a la conclusió que la retribució en situació d’adaptació o canvi de lloc de treball no pot ser inferior a la retribució en cas de suspensió (baixa per risc durant l’embaràs i la lactància) durant la qual cobrarà una prestació equivalent al 100 per cent de la base reguladora corresponent al mes anterior a la baixa que inclou el salari percebut en aquesta mensualitat incloent-hi en la mateixa tots els complements salarials inclòs el d’atenció continuada.

La prestació per la baixa per risc és considerada pel Tribunal Superior el **“nivell de compensació mínima específicament dispensat a les treballadores respecte de la qual qualsevol minoració ha de ser rebutjada.”**

Així doncs, la doctrina en unificació de doctrina sembla que, en principi, hauria de quedar limitada a supòsits com el que es planteja en el litigi: MIR de primer any que sol·licita l’adaptació del seu lloc de treball i atesa la seva sol·licitud deixa de fer guàrdies i, per aquesta raó, la seva retribució és inferior a la que li hagués correspost en cas d’agafar la baixa per risc durant l’embaràs i la lactància (“nivell de compensació mínima”), però això no queda gens clar si ens atenem només a la literalitat de la part dispositiva que hem reproduït més amunt.

Aquesta doctrina no soluciona els supòsits en què per exemple la metgessa sigui de l’staff i la seva cotització del mes anterior (guàrdies incloses) estigui topada, en aquest cas creiem que la doctrina europea clàssica ha de continuar sent la vigent amb el matís de què la remuneració durant el període d’adaptació o canvi de lloc de treball no podrà ser en cap cas inferior a la prestació de Seguretat Social que li hagués correspost percebre en cas de baixa per situació de risc. És cert però que el caràcter general amb què està redactada la part dispositiva de la

sentència no limita a priori la doctrina al supòsit de fet enjudiciat i fa qüestionable la nostra interpretació.

Sembla contradictori que la llei incentivi el canvi de lloc de treball per risc durant l'embaràs o durant la lactància natural amb una reducció del 50 per cent de l'aportació empresarial en la cotització a la Seguretat Social per contingències comunes i per altra banda la jurisprudència sancioni aquesta destinació a un lloc de treball o funció diferent i compatible amb l'estat de gestació o la situació de mare d'un lactant.

Barcelona, 14 de març de 2017