**SENTENCIA DEL TC DE 29-06-2020 SOBRE DERECHO A PERMISO DE TRABAJO PARA ATENDER A UNA FAMILIAR HOSPITALIZADA POR PARTO (FAVORABLE Y DIDÁCTICA)**

Recurso de amparo promovido por Dª María Teresa, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao de 29-10-2018 y las resoluciones del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, que le denegaron el disfrute de un permiso de trabajo

Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo: denegación de permiso de trabajo solicitado para atender a una familiar hospitalizada por parto.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

Es objeto del presente recurso la sentencia de 29-10-2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao, en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo promovido contra las resoluciones del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza que denegaron a la demandante la licencia para supuestos de hospitalización de familiar dentro del 2º grado de consanguinidad que regula el art. 47.1 c) l del Decreto 235/2007, de 19-12, por el que se aprueba el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo en Osakidetza.

La demandante solicitó dicha licencia con motivo de la hospitalización de su hermana por razón de parto, siendo denegada por el Servicio Vasco de Salud al entender que la hospitalización por alumbramiento no está incluida en las previsiones del art. 47 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo. La actora alega vulneración del art. 14 CE por incurrir la resolución recurrida en discriminación directa e indirecta por razón de sexo, y por vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al no repararla en su derecho.

Procede sintetizar la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación (art. 14 CE), y en concreto sobre la discriminación por razón de sexo y las distintas manifestaciones de dicha discriminación reconocidas por la jurisprudencia:

a) El Tribunal ha declarado, en relación con la cláusula de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE que,

*«a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irracionabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad».*

Es necesario recordar, una vez más, que la expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el art. 14 CE responde a la determinación del constituyente de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la mitad de la población. Pese a ello, a día de hoy las mujeres aún soportan situaciones de desigualdad y dificultades específicas que se traducen, entre otras consecuencias, en una menor incorporación de la mujer al trabajo o en una mayor dificultad para conciliar la vida personal, familiar y laboral, particularmente por razón de la maternidad.

Ante esta realidad el Tribunal ha declarado que es necesario –tal y como reclama la sociedad y se refleja en las intervenciones del legislador–

*«abundar en esa protección, ampliar y desplegar su sentido profundo ligado a la dignidad de la persona y valor de todo ser, y tutelar y favorecer el cambio de conciencia y convivencia que solo la paridad garantiza, fortaleciendo la tutela siempre que se constate una desigualdad histórica que pueda calificarse de ‘estructural’, pues la igualdad sustantiva es un elemento definidor de la noción de ciudadanía en nuestro orden constitucional. En definitiva, como señala la STC 66/2014, de 5-3, FJ 2, ‘la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio’».*

b) Por lo que se refiere a las distintas formas de discriminación por razón de sexo que ha abordado la doctrina constitucional, estas se sintetizan en los siguientes términos:

*«Desde la STC 145/1991, de 1-7, este Tribunal incluye en la prohibición de discriminación del art. 14 CE tanto la discriminación directa como la discriminación indirecta. La primera consiste en un tratamiento perjudicial en razón del sexo en el que el sexo es objeto de consideración directa. Y respecto a la discriminación indirecta por razón de sexo, la doctrina constitucional ha asumido el concepto elaborado por la jurisprudencia del TJUE, para referirse a aquellas medidas que, aunque formuladas de manera neutra, perjudican a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres: tales medidas están prohibidas salvo que estén justificadas por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo».*

En la actualidad ambos conceptos se encuentran también expresamente recogidos tanto en el Derecho de la UE [art. 2.1) de la [**Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5-7-2006**](https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2006-81416#:~:text=Directiva%202006%2F54%2FCE%20del,empleo%20y%20ocupaci%C3%B3n%20(refundici%C3%B3n).), relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación] como en el ordenamiento interno (art. 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22-3, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ley que incorpora el acervo comunitario sobre igualdad de sexos).

La discriminación directa se define en el apartado primero del artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007 como

*«la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable».*

Y el artículo 8 de la misma Ley específica que

*«constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad».*

Mientras que el apartado 2 del art. 6 define la discriminación indirecta como

*«la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados».*

Con relación a la discriminación directa, el Tribunal ha declarado de forma reiterada y constante, que

*«comprende no solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca, vinculando particularmente con esto último el embarazo y su incidencia en las condiciones de trabajo de la mujer, toda vez que se trata de un elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. En este sentido, se afirma 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’».*

También ha precisado que:

*«el artículo 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, pero sí excluye toda distinción, trato peyorativo y limitación de derechos o legítimas expectativas de la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias, por lo que puede causar una vulneración del art. 14 CE la restricción de los derechos asociados con la maternidad o la asignación de consecuencias laborales negativas al hecho de su legítimo ejercicio, visto que el reconocimiento de esos derechos y sus garantías aparejadas están legalmente contemplados para compensar las dificultades y desventajas que agravan de modo principal la posición laboral de la mujer trabajadora».*

Por lo que se refiere a la discriminación indirecta, el TC, reitera que:

*«cuando se denuncia una discriminación indirecta por razón de sexo, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones, sino que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo. En suma, ‘en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho’.*

*La incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma de abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, pues deberá atenderse necesariamente a los datos revelados por la estadística, ya sean datos estadísticos aportados por el órgano judicial promotor de la respectiva cuestión de inconstitucionalidad o datos estadísticos actualizados de oficio por el Tribunal».*

Procede ahora enjuiciar la cuestión de fondo de este recurso, esto es, si las resoluciones del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza han vulnerado el derecho fundamental invocado.

En este caso concurren unas series de circunstancias singulares que es necesario analizar para determinar si las restricciones o perjuicios que hayan causado en el patrimonio jurídico de la recurrente puedan amparar, en los términos que alega, una pretensión de discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirecta.

a) El art. 47 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo regula la «licencia por enfermedad grave, hospitalización o fallecimiento de parientes», y establece en su apartado 1 c) el derecho a dos días de licencia retribuida «en casos de hospitalización o enfermedad grave» de familiares dentro del segundo grado.

b) La administración sanitaria autonómica lleva a cabo una interpretación del art. 47.l c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo que implica un trato de la mujer hospitalizada por razón de alumbramiento que es diferente del que se otorga al hombre hospitalizado. Trato desigual que se fundamenta en un hecho biológico, el parto, directamente asociado al embarazo y la maternidad y que, por tanto, incide de forma exclusiva sobre las mujeres.

Tal interpretación trae causa de los criterios adoptados en la reunión de la comisión paritaria del acuerdo celebrada el día 13-2-2004, que considera que «existe hospitalización cuando ésta sea asimilada a la enfermedad grave», y en virtud de los cuales el Servicio Vasco de Salud considera que entre los supuestos que dan derecho a la licencia del art. 47 acuerdo regulador de las condiciones de trabajo no está incluida la hospitalización por parto, salvo que se acredite que a raíz del mismo concurre otra causa para la hospitalización o una enfermedad grave. Ello pese a que el art. 47.1 c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo recoge como dos supuestos diferenciados por los que solicitar la licencia, por una parte, la enfermedad grave y, por otra, la hospitalización, sin distinguir entre las causas que motivan esta última ni condicionar el disfrute de la licencia a la concurrencia de otro requisito. De modo que del tenor literal de la misma no se infiere que quepa interpretar que la hospitalización ha de serlo por enfermedad, y que se excluye la hospitalización por parto, por no ser el parto una enfermedad.

Su aplicación en estos términos supone una diferenciación que implica un trato menos favorable tanto para las mujeres hospitalizadas como para los empleados o empleadas del Servicio Vasco de Salud que solicitan la licencia por hospitalización de mujeres de su familia. A diferencia de lo que ocurre cuando se solicita la licencia por hospitalización de un hombre, cuando un empleado o empleada solicita la licencia por hospitalización de una mujer la Administración requiere que se justifique no solo el ingreso hospitalario del familiar, sino también el motivo de dicho ingreso a fin de determinar si se trata de un caso de hospitalización por alumbramiento en el que no concurra enfermedad grave de la mujer, y denegar la licencia en estos casos. De modo que, por una parte, se priva en estos supuestos a los empleados y empleadas del Servicio de Salud Vasco de una licencia a la que tiene derecho conforme al acuerdo regulador vigente. Por otra, a las mujeres hospitalizadas por esta razón se les priva de que sus familiares puedan facilitarles asistencia durante la hospitalización por parto, con el apoyo de esta medida.

El criterio que utiliza la Administración en la interpretación y aplicación de esta norma se basa en uno de los motivos de diferenciación prohibidos por el art. 14 CE por lo que, conforme a la doctrina expuesta, se le aplica un juicio de irracionabilidad ex constitutione. En contra de lo que argumenta el servicio vasco de salud, no puede entenderse que la diferencia de trato está justificada por el mero hecho de que existan otras licencias para los casos de alumbramiento, de las que ya son beneficiarios bien el padre (art. 45 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo) o los abuelos (art. 44.4 de este acuerdo). Esta argumentación no tiene en cuenta que, con independencia de esas otras licencias, en ésta la única razón por la que se excluye su aplicación a los familiares de la madre es que bajo el concepto de hospitalización se cubren todos los supuestos en que una persona debe ser ingresada en un hospital, excepto aquel en que la hospitalización tenga como causa el alumbramiento de la mujer que necesita esa ayuda.

c) En este caso, sin embargo, la lesión del art. 14 CE por discriminación por razón de sexo que alega la recurrente no encaja fácilmente en las categorías de discriminación directa o indirecta conforme a la doctrina

d) Estas circunstancias especiales no obstan para concluir que se ha vulnerado el art. 14 CE por incurrir la Administración en una discriminación directa por razón de sexo. La particularidad de este caso reside en que lo determinante en las decisiones de la Administración por las que se denegó la licencia a la recurrente es una interpretación del art. 47.1 c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo que se funda en un criterio directamente discriminatorio por razón de sexo en relación con los supuestos de hospitalización que dan derecho a dicha licencia (al excluir la hospitalización por alumbramiento y, en definitiva, por causa de maternidad, un valor protegido conforme a nuestra jurisprudencia).

Como ya se ha advertido, tal discriminación proyecta también consecuencias negativas o perjudiciales, además, sobre las empleadas o empleados del Servicio Vasco de Salud que solicitan la licencia por asistir a su pariente hospitalizada. Se les deniega así, por un motivo discriminatorio prohibido por el art. 14 CE, la posibilidad de acogerse a dicha licencia para prestarles su ayuda, menoscabando a su vez sus derechos. En definitiva, dichos familiares sufren las consecuencias de una discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE, de manera refleja, por su vinculación familiar con la mujer que está hospitalizada por parto.

A la luz de las peculiaridades de este caso, es pertinente tener en consideración que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han admitido que se incurre en discriminación refleja cuando una persona es tratada de forma menos favorable por causa de su vinculación o asociación con otra que posee uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas), pese a no poseer dicha característica en quien alega el trato discriminatorio.

En este sentido se ha pronunciado el TJUE, que en su sentencia de 17-7-2008 ha procedido a una interpretación amplia del alcance de los supuestos protegidos por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27-11- 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, al declarar que se incurre en discriminación directa cuando una persona es tratada de forma menos favorable por razón de uno de los rasgos o características protegidos, aunque no concurran en ella misma, si el motivo del trato menos favorable se fundamenta en dicha característica. La Gran Sala aborda un supuesto de discriminación por razón de discapacidad y declara que los objetivos y el efecto útil de esta Directiva

*«se verían comprometidos si un trabajador que se encuentre en una situación como la de la demandante en el litigio principal no pudiera invocar la prohibición de discriminación directa establecida en el art. 2, apdo. 2 a), de la misma Directiva cuando se haya probado que ha recibido un trato menos favorable que el que recibe, ha recibido o podría recibir otro trabajador en situación análoga, a causa de la discapacidad de un hijo suyo, y ello, aunque el propio trabajador no sea discapacitado».*

De igual forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en su sentencia de 22-3-2016 que el trato menos favorable recibido por el recurrente por causa de la discapacidad del hijo a su cuidado es una forma de discriminación por razón de discapacidad, prohibida por el art. 14 del Convenio europeo de derechos humanos, aunque el propio recurrente no sufra de discapacidad alguna.

e) En el supuesto objeto de este recurso de amparo se da la circunstancia de que el factor prohibido (la discriminación por razón de sexo) constituye el fundamento de la denegación de la licencia solicitada por la recurrente conforme al art. 47.1 c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo, ocasionándole también un perjuicio laboral, aunque no sea en ella, sino en su hermana, en quien concurra la condición que da lugar a la discriminación (la hospitalización por razón de parto). En esas circunstancias, y para hacer efectiva la prohibición de discriminación por razón de sexo contenida en el art. 14 CE, es preciso una vez más «abundar en esa protección, ampliar y desplegar su sentido profundo» concluyendo que la aplicación en estos términos del art. 47.1 c) del acuerdo citado por el Servicio Vasco de Salud en las resoluciones por las que denegó a la recurrente la licencia por hospitalización de su hermana, es contraria a la prohibición constitucional específica de actos discriminatorios por razón de sexo, lesionando a su vez de manera refleja el derecho de la recurrente a la igualdad y a la no discriminación.

5. Procede declarar que se vulneró el derecho de la demandante de amparo a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo. La actuación del servicio vasco de salud le ocasionó una discriminación contraria al art. 14 CE, en tanto que deriva de la aplicación de un criterio directamente discriminatorio por razón del sexo de su hermana hospitalizada que, a su vez, proyecta efectos perjudiciales en el patrimonio jurídico de la recurrente al denegarle la administración la licencia solicitada para asistir a su familiar hospitalizada, por entender que no se tiene derecho a la misma cuando las hospitalización es por razón de parto. En definitiva, a la recurrente se le impidió, con fundamentos incompatibles con el segundo inciso del art. 14 CE su derecho al disfrute de la licencia que regula el art. 47.l c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo, en los casos de hospitalización de familiares dentro del segundo grado.

**FALLO**

El TC ha decidido otorgar el amparo a Dª María Teresa y:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a no padecer discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

2.º Anular la sentencia de 29-10-2018, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao, así como la resolución de 12 de junio, del director gerente de la organización sanitaria integrada de Barrualde-Galdakao de Osakidetza; y la resolución de 10 de octubre, de la directora general de Osakidetza.

3.º Ordenar el restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho con la adopción de las medidas apropiadas

VER SENTENCIA

[*https://www.boe.es/diario\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-8952*](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-8952)